

FORSVARERETIKK - HOVEDREGLENE

Kandidatnummer: 422

Veileder: Jens Petter Berg

Leveringsfrist: 25. april 2007

V – 07

Til sammen 15792 ord

22.10.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling	1
1.3	Avgrensning	2
<u>2</u>	<u>REGELVERK OG ETISKE REGLER</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>HÅNDHEVING AV ETISKE REGLER</u>	<u>7</u>
3.1	Disiplinærutvalgene, disiplinærnemnden og advokatbevillingsnemnden	7
3.2	Etiske reglers betydning ved domstolsavgjørelser	8
<u>4</u>	<u>FORSVARERENS OG PÅTALEMYNDIGHETENS ROLLER</u>	<u>10</u>
4.1	Forsvarerrollen	10
4.2	Påtalemyndighetens rolle	12
<u>5</u>	<u>OPPNEVNELSE AV FORSVARER OG FRITT FORSVARERVALG</u>	<u>13</u>
5.1	Siktedes rett til oppnevning av forsvarer	13
5.2	Oppnevning av forsvarer etter strpl. § 100a	14
5.3	Det frie forsvarervalg	15
5.4	Klientnapping	21
<u>6</u>	<u>GJENNOMFØRINGEN AV FORSVAREROPPDRAGET</u>	<u>23</u>

6.1	Forsvarerens kontakt med klienten	23
6.2	Forsvarerens samtaler med klienten	24
6.3	Klientens politiforklaring	25
6.4	Privat etterforskning	28
6.5	Opplysninger som kan skade klienten	28
6.6	Retten til dokumentinnsyn	29
6.7	Forsvarerens prosedyre	33
6.8	Forsvarerens godtgjørelse og arbeidets omfang	34
6.9	Avslutning av forsvareroppgjøret	37
<u>7</u>	<u>FORSVARERENS TAUSHETSPLIKT</u>	<u>38</u>
7.1	Generelt om forsvarerens taushetsplikt og hensynet bak den	38
7.2	Forsvarerens taushetsplikt – overfor hvem?	39
7.3	De enkelte rettsregler som regulerer forsvarerens taushetsplikt	40
7.3.1	Grl. § 110 c	40
7.3.2	EMK	40
7.3.3	Strl. § 144	40
7.3.3.1	Hvilke yrkesgrupper taushetsplikten omfatter	41
7.3.3.2	Hvem er beskyttet?	42
7.3.3.3	Handlingen	42
7.3.3.4	Hvilke opplysninger som omfattes av taushetsplikten	42
7.3.3.5	Betrodd i stillings medfør	43
7.3.4	Strpl. § 119	45
7.3.5	RGA	47
7.3.6	ERL	48
7.4	Problemsituasjoner	48

7.5	Vurderinger og forslag til nye regler.	50
<u>8</u>	<u>INTERESSEKONFLIKTER</u>	<u>51</u>
<u>9</u>	<u>IDENTIFIKASJON</u>	<u>53</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>
10.1	Bøker	55
10.2	Dommer	56
10.3	Disiplinæruttalelser	56

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet i oppgaven er forsvareretiske spørsmål. Jeg har valgt å behandle hovedreglene på området. En av grunnene til at jeg tar opp dette emnet, er den oppmerksomheten forsvareretikk har fått i media i forbindelse med store straffesaker de siste årene. Temaet er fortsatt dagsaktuelt ikke bare i pressen, men også i de juridiske miljøer. Juristforbundet hadde blant annet forsvarerrollen og yrkesetiske problemstillinger som tema på årskonferansen i 2006. Advokatforeningen har nylig innført obligatorisk videreutdanning i etikk for sine medlemmer. I Advokatbladet nr. 3 – 2007 ble det satt fokus på forsvareretiske problemstillinger.

1.2 Problemstilling

Etikk er et sett av normer og prinsipper til veiledning for menneskers handlinger. En handling har alltid et formål. Mennesker handler for å oppnå noe de betrakter som et gode eller en verdi.¹ Når vi anvender etikk, gjør vi refleksjoner rundt hva som er rett og galt i forhold til en konkret sak, som for eksempel om det er riktig av forsvareren å få innsyn i taushetsbelagte dokumenter når klienten ikke kan informeres.

Oppgavens problemstilling gjelder etiske spørsmål som i hvert enkelt tilfelle er forankret i den faktiske situasjonen forsvareren befinner seg i. Forsvareren er i sitt arbeid forpliktet til å handle innenfor rammen av de etiske regler som gjelder for hans virksomhet.

Problemstillingen i oppgaven er hvorledes forsvareren under hensyn til disse regler skal opptre for å sikre at klientens rettigheter blir ivaretatt og at han gis en rettferdig rettergang.

¹ Vegard Martinsen, Filosofi. 2000. www.filosofi.no

Det er et særpreg ved forsvarerens situasjon at han er en rådgiver for klienten. Det er viktig for den som gir råd å gjøre det klart at det er klienten selv som må ta valgene. Forsvareren er den som kjenner lovverket og har den praktiske erfaringen som skal til for å kunne vurdere klientens situasjon. Forsvareren har veiledningsplikt, og må forklare klienten hvilke valgmuligheter som foreligger og hvilke følger de ulike alternativene kan medføre. Det kan i ytterste konsekvens bli slik at klienten må velge mellom ”pest eller kolera.” Selv i en slik situasjon kan ikke forsvareren påta seg noen del av ansvaret for valget.

1.3 Avgrensning

I oppgaven behandles ikke læren om etikken i sin alminnelighet. Det foretas heller ikke noen fullstendig behandling av de advokatetiske regler som gjelder for forsvarere. Det som behandles er hovedreglene med utgangspunkt i de advokatetiske regler og retningslinjer.

Særlig retningslinjene for forsvarere (ERL) inneholder en rekke bestemmelser som angår gjennomføringen av oppdraget under etterforskningen og sakens behandling for retten. Jeg går ikke inn på alle de forhold reglene omhandler, men vil nedenfor ta opp enkelte av de situasjoner forsvareren kommer opp i som er aktuelle og som kan reise advokatetiske problemer.

Når det gjelder straffeprosesslovens regler, gjennomgår jeg hovedreglene om oppnevning av forsvarer for å få en bakgrunn for reglene om fritt forsvarervalg. For øvrig kommer jeg bare inn på lovens bestemmelser når det er nødvendig av hensyn til behandlingen av de konkrete, advokatetiske spørsmål.

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven 21.5.1999 nr. 30. Forsvareren har etter ERL punkt 2.1 plikt til å påse at klientens menneskerettigheter blir respektert. EMK regulerer klientens rettigheter og friheter, og angår derfor ikke primært advokatetiske spørsmål. Jeg går derfor ikke inn på en fortolkning av EMK.

2 Regelverk og etiske regler

Regler for god advokatskikk er utarbeidet fordi advokatene som yrkesgruppe ser det som ønskelig og nødvendig å sikre at advokatvirksomhet utføres etter etiske prinsipper.

Med god advokatskikk menes både skrevne og uskrevne normer for advokatens handlemåte. Innholdet i hva som er god advokatskikk må fastlegges utfra hva dyktige og hederlige advokater mener er korrekt opptreden i yrket. Advokaten må ikke bare forholde seg til loven og skrevne regler, men også de etiske normer som gjelder i samfunnet til enhver tid. På andre yrkesområder er det på tilsvarende måte utviklet normer som inneholder alminnelige krav til forsvarlig og hederlig opptreden, som for eksempel god presseskikk, god legeskikk og god forretningsskikk. Ragnar Knoph skriver i ”Rettslige standarder” 1939 på side 33 at det er den skikk som ”de gode og hederlige elementer innen forretningsverdenen holder på og handler efter...”

Styret i Oslo krets av Advokatforeningen har i en uttalelse av 19.12.1973 sagt noe mer konkret om innholdet i begrepet. Det må bestemmes av hva som tjener klientens lovlige interesser, hva som bidrar til en trygg og rettferdig rettspleie, og hva som er hensynsfullt overfor kolleger og andre. De skrevne reglene er eksempler på hva som vil være riktig i bestemte situasjoner, men begrepet god advokatskikk har et videre innhold som gjelder i alle sammenhenger hvor man opptrer som advokat.²

Arbeidet med de etiske reglene har en lang historie. Den Norske Advokat- og Sagførerforening stiftet i 1894 avga flere uttalelser om god advokatskikk. I 1908 ble Den Norske Sakførerforening stiftet. Foreningen hadde som et av sine formål ”å søke de sedvanemessige regler og prinsipper og utøvelse av den juridiske praksis fremmet i et korrekt spor.” De første skrevne regler for god advokatskikk ble vedtatt av

² Uttalelser om god advokatskikk I side 298 og II side 226

representantskapsmøtet i Den Norske Advokatforening i 1946, og har senere gjennomgått en rekke revisjoner.³

I 1995 ble reglene i domstoloven (dl.) om rettshjelpvirksomhet og advokater revidert. Hensikten med lovendringen var å sikre det offentliges tilsyn og kontroll med alle advokater og rettshjelpere. Det ble også vedtatt en ny bestemmelse i dl. § 224 første ledd som for første gang lovfester at advokatvirksomhet skal utøves i samsvar med god advokatskikk.

Etter dl. § 224 andre ledd kan advokatforeningen utarbeide nærmere regler for god advokatskikk. Reglene kan stadfestes av Kongen og har i så fall virkning som forskrift.

Den 8.6.2001 vedtok representantskapsmøtet i Den Norske Advokatforening ”Regler for god advokatskikk” (RGA), som senere ble inntatt i forskrift 20.12.1996 nr. 1161 til domstoloven (Advokatforskriften) kapittel 12. Da RGA er fastsatt ved forskrift, gjelder reglene for alle advokater, ikke bare for medlemmer av Den Norske Advokatforening.⁴

På denne måten er reglene for god advokatskikk et eksempel på reelt sett ”privat” lovgivning. Staten har formalisert etiske regler som foreningen til en yrkesgruppe har fastsatt. Virkningen av denne formaliseringen er bare at reglene gjelder for alle advokater, også de som ikke er medlemmer av advokatforeningen

Dl. § 224 første ledd stiller krav til innholdet i RGA. Det fremgår av bestemmelsen at advokatvirksomhet skal utøves grundig, samvittighetsfullt og tilstrekkelig hurtig ut i fra berettigede hensyn til klientens tarv. Denne bestemmelsen er ikke uttømmende⁵. Det er bare noen av de viktigste, etiske kravene til utøvelse av advokatvirksomhet som nevnes ganske kort. Dl. § 224 første ledd må fortolkes lik at de krav som loven stiller må føres inn

³ H. Halvorsen, Advokaten – rettens og samfunnets tjener, 1983, side 153 flg.

⁴ Norsk Lovkommentar 2005, note 754 til dl. § 224 andre ledd.

⁵ Norsk Lovkommentar 2005, note 753 til dl. § 224, første ledd.

i RGA med bestemmelser av tilsvarende innhold. Det er flere bestemmelser i RGA som mer detaljert dekker de krav som stilles i dl. § 224 første ledd; punkt 1.2 om advokatens plikt til etter beste evne å ivareta klientens interesser innenfor lovens rammer og punkt 3.1.2. om at dette skal skje raskt, samvittighetsfullt og påpasselig. Punkt 3.1.4 stiller krav om nødvendig kompetanse og behandling av oppdraget med rimelig hurtighet. Dessuten har punkt 3.1.5 bestemmelser om kostnadene ved saken sett i forhold til klientens økonomi og interesser.

I advokatforskriftens merknader til RGA står det at reglene med få unntak er en videreføring av de tidligere regler om god advokatskikk for advokatforeningens medlemmer.

RGA er ikke uttømmende, men må suppleres med alminnelige yrkesetiske normer som gjelder all virksomhet; hederlighet, ærlighet, fair play osv.⁶ Etter RGA punkt 1.1. har reglene til formål å sikre at advokatvirksomhet utføres etter etiske prinsipper som er grunnlag for advokatens virke i alle siviliserte samfunn.

Det foreligger ikke forarbeider til reglene for god advokatskikk, bortsett fra den utvalgsinnstilling som lå til grunn for revisjonen i 2001. Den europeiske advokatorganisasjonen, Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), har den 28.10.1988 utarbeidet europeiske regler for god advokatskikk, som langt på vei har vært mønster for utformingen av de norske reglene. Disse vil kunne gi en viss veiledning ved tolkningen av våre regler.⁷

Etter RGA punkt 6.1 er CCBE's regler for god advokatskikk bindende for norske advokater som driver virksomhet over landegrensene innenfor EØS-området.

⁶ Frode Ringdal, Etiske regler; salærpolicy 1994, s. 7.

⁷ www.jus.no, link advokatforeningen, advokatregler.

Forsvarere møter andre problemer enn de som oppstår i forbindelse med sivile saker. Derfor vedtok representantskapet i den Norske Advokatforening den 19.11.1999 retningslinjer for forsvarere (ERL). Disse retningslinjene er et supplement til de alminnelige regler i RGA. Representantskapet fant det nødvendig å utarbeide retningslinjer fordi det hadde oppstått spørsmål om advokaters holdning i de situasjoner som oppstår for forsvarere. Retningslinjene er en utdypning av reglene for god advokatskikk. De avspeiler mange av de vanskelige situasjoner forsvarerne kommer i, hvor forholdet til taushetsplikt og interessekonflikt og identifikasjon med klienten er sentrale. Den 25.11.2005 vedtok representantskapet endringer i retningslinjene. Blant annet strammer endringene inn og presiserer hva som er tillatt i forhold til bytte av forsvarer.

De advokater som er medlemmer av advokatforeningen er bundet av de etiske regler og retningslinjer foreningen vedtar. I vedtekter for Den Norske Advokatforening er det i § 2-4 bestemt at foreningens medlemmer er forpliktet til å etterleve foreningens vedtekter og de vedtak som blir truffet av foreningens organer med hjemmel i vedtektene, herunder representantskapets vedtak om Regler for god advokatskikk. I ERL er det uttrykkelig sagt at retningslinjene ikke er en del av advokatforskriften, men at de forutsettes lagt til grunn av de forsvarere som er medlemmer av foreningen.

Advokatforskriften inneholder forøvrig en rekke regler som angår de krav som stilles til advokater og kontrollen med advokaters virksomhet, blant annet er det i kapitel 5 bestemmelser om disiplinærnemnden for advokater, se avsnitt 3 nedenfor.

3 Håndheving av etiske regler

3.1 Disiplinærutvalgene, disiplinærnemnden og advokatbevillingsnemnden

Advokatforeningen har i henhold til vedtektenes § 8-1 syv disiplinærutvalg som i første instans behandler klager på foreningens medlemmer. Advokatforeningen har vedtatt behandlingsregler for utvalgene.⁸ Utvalgsmedlemmene er advokater og den enkelte sak avgjøres av tre medlemmer.

Disiplinærutvalgenes beslutninger kan klages videre til Disiplinærnemnden for advokater, som er et offentlig oppnevnt organ. Sammensetningen og oppgavene til Disiplinærnemnden er regulert i dl. § 227 og advokatforskriftens kapitel 5. Den består av fem medlemmer, en dommer som formann, to advokater og to medlemmer som ikke er advokater eller dommere.

Reglene om disiplinærutvalg er inntatt i Advokatforeningens vedtekter og er bindende for medlemmene. Disiplinærutvalgene kan behandle klager mot advokater som ikke er medlemmer hvis de samtykker. Blir samtykke ikke gitt, kan klager fremmes for Disiplinærnemnda.

Oppgavene til disiplinærutvalgene og Disiplinærnemnda er å behandle klager over at advokater skal ha opptrådt i strid med god advokatskikk eller for øvrig i strid med domstolloven eller annen lov og om en advokat har krevet for høyt salær.

Den som inngir klage til disiplinærutvalget eller klager til Disiplinærnemnda må ha rettslig klageinteresse, jf. behandlingsreglenes § 3 og advokatforskriftens § 5-3. I de fleste tilfelle er det klienten som klager, men også andre med tilknytning til saken kan klage.

Dersom utvalget eller Disiplinærnemnda kommer til at en advokat har opptrådt i strid med god advokatskikk, kan advokaten meddeles kritikk, irettesettelse eller advarsel. Det kan også ilegges saksomkostninger

⁸ www.jus.no, link advokatforeningen, advokatregler.

Et salær som finnes å være for høyt, kan redusere til det som er rimelig og nødvendig. Advokaten skal pålegges å tilbakebetale det overskytende beløp. Klagesaker om salærspørsmål vil ikke oppstå i straffesaker fordi forsvareren betales av staten.

Disiplinærnemndas pålegg om tilbakebetaling av salær til klienten og illeggelse av saksomkostninger er tvangsgrunnlag etter dl. § 227 fjerde ledd. Disiplinærnemndens vedtak kan etter dl. § 227 syvende ledd ikke påklages, men søksmål mot avgjørelser kan reises mot staten ved Disiplinærnemnden.

Ved alvorlige brudd på advokatetiske prinsipper er straffesanksjonene strengere enn tidligere. Hvis Disiplinærnemnden mener at en advokatbevilling bør tilbakekalles, fremmer den forslag om det overfor Advokatbevillingsnemnden. En advokat kan bli fratatt advokatbevillingen etter vedtak i advokatbevillingsnemnden truffet med hjemmel i dl. § 230. Bevillingen kan tilbakekalles hvis advokaten gjør seg skyldig i forhold som innebærer at vedkommende er uskikket eller uverdig til å drive advokatvirksomhet, eller som gjør at advokaten mister den tillit som er nødvendig i yrket.

3.2 Etiske reglers betydning ved domstolsavgjørelser

I en kjennelse i Rt. 2000 s 1948 behandlet Høyesteretts kjæremålsutvalg spørsmålet om domsstolene kan nekte en advokat å opptre som prosessfullmektig med grunnlag i reglene om god advokatskikk. Kjæremålsutvalget uttalte følgende på side 1952:

”Etter kjæremålsutvalgets oppfatning må disse reglene ansees som yrkesetiske regler som ikke kan håndheves av domsstolene. Det at disse reglene etter domsstoloven § 224 andre ledd andre punktum har ”virkning som forskrift”, betyr bare at reglene ikke bare er bindende for medlemmer av Advokatforeningen, men for alle advokater.”

Kjæremålsutvalget pekte på at reglene ble håndhevet av de disiplinære organene, og at gyldighetene av vedtakene kan bringes inn for domsstolene etter at klagebehandlingen er endelig avsluttet.

Kjæremålsutvalget mente også at verken Grunnloven § 88 og EMK 6(1) gir krav på å få prøvd yrkesetiske regler for domsstolene.

Denne avgjørelsen ble lagt til grunn i kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt 2001 s 536 avsagt i forbindelse med behandlingen av Orderud-saken. Saken gjaldt spørsmålet om det etter strpl. § 102 var utilrådelig å oppnevne to advokater fra samme kontor som forsvarere for forskjellige tiltalte. Advokat Morten Kjensli var begjært oppnevnt som medforsvarer for tiltalte B. Advokat Kjensli hadde kontorfellesskap med advokat Tor Kjærvik, som var forsvarer for D. Advokat Kjensli ble oppnevnt av retten og avgjørelsen ble påkjært av forsvareren til A.

Kjæremålsutvalget uttalte at en advokats adgang til å påta seg forsvareroppgaver er begrenset av de advokatetiske regler i tillegg til de begrensninger som følger av strpl. § 102 første ledd. Selv om kjæremålsutvalget i en forutgående kjennelse i samme sak (Rt 2001 side 465) hadde uttalt at RGA og ERL bør tillegges stor vekt, kan ikke det forstås slik at reglene om god advokatskikk danner rettslige skranker for det skjønn om skal utøves ved anvendelsen av strpl. § 102. Lagmannsrettens lovtolking var ikke uriktig, og kjæremålet ble forkastet.

Lagmannsretten avgjorde saken utfra en totalvurdering hvor de advokatetiske regler ble tillagt stor vekt. Hensynet til at det forelå en viss risiko for interessekonflikt ble avveid mot det forhold at klienten ville få bare en forsvarer, mens de andre hadde to, eller at hovedforhandlingen ville bli utsatt.

Denne avgjørelsen ble i ettertid behandlet i advokatforeningens hovedstyre, hvor det ble besluttet å innklage advokat Kjensli. Hovedstyret så for seg at det lett kunne oppstå interessekonflikter mellom de to tiltalte, og da ville det være i strid med de etiske regler at de to tiltalte hadde forsvarere fra samme kontor. Saken ble behandlet i disiplinærutvalget som avsa en fellede kjennelse den 28.12.2001, ADA-2001-88. Utvalget fant det klart at

advokat Kjensli hadde overtrådt bestemmelsen om interessenstrid i ERL punkt 1.6, nå punkt 1.7 og RGA. Det var åpenbart risiko for interessenstrid mellom de tiltalte. Av hensyn til publikums tillit til rettspleie og advokater, samt av hensyn til medias dekning av saken, er det svært viktig at advokatene overholder de etiske regler.

I denne saken er det en klar konflikt mellom prosessøkonomiske hensyn og kravene som stilles i de etiske regler. Avgjørelsen fra disiplinærutvalget viser at de etiske regler stiller strengere krav til advokatene enn det som følger av annen lovgivning. Det er forståelig at lagmannsretten er opptatt av de praktiske hensyn som tilsier at en berammet sak gjennomføres, men det kan ikke alltid være avgjørende. Slik det fremgår av disiplinærnemndas avgjørelse, burde hensynet til advokatenes og domsstolenes anseelse på sikt ført til at forsvareroppenevningen ble omgjort.

4 Forsvarerens og påtalemyndighetens roller

4.1 Forsvarerrollen

Advokaten har forskjellige roller i sivile saker og straffesaker. I sivile saker er det klienten som søker bistand for å få klarlagt rettslige forhold mellom private parter eller i forhold til det offentlige, for eksempel i bygge- og reguleringssaker og skattesaker. Det er parten som avgjør om sak skal reises eller ikke. Han må føre beviser for sin påstand. Ved bevisbedømmelsen legger dommeren det mest sannsynlig resultat til grunn etter en fri bevisbedømmelse, jf tvml. § 183. Normalt har partene fri rådighet over saken og kan i stedet for dom velge å inngå utenrettslig forlik eller rettsforlik. Avgjørelse ved dom har både økonomiske og rettslige konsekvenser, og kan oppleves som urimelig og vanskelig hvis parten taper. Men i de aller fleste tilfelle har ikke en sivil sak så inngripende, personlig virkning for klienten som en felle dom i en straffesak.

I straffesaker er det påtalemyndigheten som avgjør om sak skal reises eller ikke. Uten om forelegg som kan vedtas, kan straff bare ilegges ved dom. Det følger av prinsippet i Grunnloven § 96. Utenom økonomiske krav er sanksjonene forskjellige i sivile saker og straffesaker. Hvis tiltalte blir dømt kan han i alvorlige saker risikere langvarig frihetsberøvelse. I en straffesak er tiltaltes situasjon som oftest mer problematisk, menneskelig sett. Oppvekstmiljøet kan ha vært vanskelig. Han kan ha rusproblemer og dårlig sosial tilpasning, både når det gjelder jobb og familieforhold. Forsvareren vil derfor møte større utfordringer på det menneskelige plan enn i en vanlig sivil sak. Det stiller krav både til forsvarerens menneskelige innsikt og etiske handlemåte.

Forsvarerens oppgave er å hjelpe siktede på ethvert trinn av saken. Som den profesjonelle part kjenner forsvareren både regelverket, politiets og domsstolens arbeidsmåte i praksis. Forsvareren skal se saken fra siktedes side, og påvise alle forhold av betydning for saken som er til siktedes fordel. Han skal også undersøke om det er feil eller mangler ved etterforskningen.

Både forskrift 28.6.1985 nr. 1697 om ordning av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) og straffeprosessloven 22.5.1981 nr. 25 (strpl.) inneholder en rekke regler om forsvarerens oppgaver. Siktede har rett til og skal i flere tilfelle ha oppnevnt forsvarer. Også forsvareren har rettigheter. Han krav på å få utlevert de av sakens dokumenter han har rett til å gjøre seg kjent med etter strpl. § 242. Videre har han rett til å være tilstede og delta i rettsmøter og avhør av siktede, vitner og sakkyndige. Kapittel 9 i straffeprosessloven inneholder de viktigste lovregler om forsvarere. Bestemmelsene omtales i avsnitt 5 nedenfor.

Viktige samfunnsinteresser tilsier at straffedommer blir avsagt på et sikkert faktisk og rettslig grunnlag, basert på en trygg og upartisk rettergang. Derfor forutsetter norsk lov, og internasjonale konvensjoner Norge har sluttet seg til, at den som tiltales i straffesaker skal ha rett til selv å engasjere en uavhengig forsvarer. Siktede har fritt forsvarervalg. Etter strpl. § 102 skal retten oppnevne den forsvarer siktede ønsker. Prinsippet om fritt forsvarervalg er utformet som en klar rettsregel i Den europeiske menneskerettskonvensjon

(EMK) artikkel 6(1)(c), som er innarbeidet i norsk rett ved lov 21.5.1999 nr. 30.

Det er forsvarerens oppgave å se til at prinsippet om trygg og upartisk rettergang blir fulgt, uansett om den tiltaltes skyld eller påståtte handlingers grovhet. Advokaters forsvareroppgave er derfor en nødvendig del av vårt rettssystem.

Forsvarerens oppgave er ofte vanskelig. Forsvareren må se bort fra egne tanker og følelser når det gjelder tiltaltes skyld og handlingens grovhet. En forsvarer skal bare unntaksvis frasi seg oppdrag han har påtatt seg. Det gjelder også om forsvareren skulle bli overbevist om, eller fortalt, at den tiltalte er skyldig, mens den tiltalte fortsatt vil hevde sin uskyld.

Forsvareren er ofte ensom i sitt arbeid, mens han har en motpart som støtter seg til et stort etterforskningsapparat. Forsvareren står ofte overfor vanskelige valg når det skal utøves kritisk sans overfor det som legges frem for retten, og når det skal gis råd til klienten om de standpunkter han måtte ha. Det skal også vises respekt overfor den fornærmedes situasjon, motparten og domstolen.

Ifølge RGA punkt 1.2 er det en advokats oppgave å fremme rett og hindre urett. Han skal ivareta klientens interesser etter beste evne og innenfor lovens rammer. I straffesaker representerer advokaten det offentliges interesse i at ingen uskyldig blir domfelt og at ingen blir behandlet hardere enn riktig er. Det er en av forsvarerens hovedoppgaver å sørge at alt som taler til siktedes gunst kommer frem.

4.2 Påtalemyndighetens rolle

Påtalemyndigheten og forsvareren har forskjellige roller. Påtalemyndighetens oppgave er å etterforske straffbare handlinger og vurdere om det er grunnlag for å ta ut tiltale. Selv om påtalemyndigheten representerer det offentliges interesse i at lovbrudd blir straffet, skal vurderingen av siktedes forhold være objektiv og saklig. Både forhold som taler mot og for siktede skal tas i betraktning, jf. strpl. § 226 tredje ledd. Siktemålet er å komme frem til en riktig avgjørelse i spørsmålet om siktede er skyldig. Mener påtalemyndigheten at siktede er

skyldig tas det ut tiltale og aktor forbereder og gjennomfører hovedforhandlingen for retten. Også under hovedforhandlingen er det påtalemyndighetens oppgave å påse at alle forhold som taler mot og for skyld blir fremlagt for retten. Hvis tiltalte skal dømmes er det ikke nok å sannsynliggjøre skyld. Det må bevises at tiltalte er skyldig. Dersom det kommer det frem nye opplysninger under hovedforhandlingen som tilsier at tiltalte kan være uskyldig, må påtalemyndigheten vurdere om tiltalen skal frafalles.

5 Oppnevning av forsvarer og fritt forsvarervalg

5.1 Siktetes rett til oppnevning av forsvarer

Den mistenkte får etter strpl. § 82 stillingen som siktet når påtalemyndigheten erklærer det, rettslig forfølgning er innledet og når det anvendes arrest eller tvangsmidler blir rettet mot han. Det innebærer at siktede får fulle partsrettigheter. En av hans rettigheter er at han kan kreve bistand fra forsvarer.

Siktetes rett til bistand fra forsvarer er fastsatt i strpl. § 94. Det står også i EMK art. 6 (3)(c) at siktede skal ha rettslig bistand etter eget valg. Strpl. § 94 inneholder to viktige prinsipper; siktede har rett til forsvarer på ethvert trinn av saken, og han har fritt forsvarervalg. Påtalemyndighetene plikter å gi siktede opplysninger om hans rettigheter. Det er også innskjerpet i ERL pkt. 1.1 og 1.2 at klienten selv velger forsvareren, og at forsvareren ikke må påta seg oppdraget uten at anmodningen kommer fra klienten.

Reglene om når siktede skal ha forsvarer er inntatt i strpl. §§ 96 – 100 og § 100 b. Den som bare er mistenkt for et straffbart forhold har ikke krav på forsvarer unntatt i de tilfelle som er omhandlet under strpl. § 100 a. Også når særlige grunner taler for det kan retten etter strpl. § 100 andre ledd oppnevne offentlig forsvarer for den siktede. Særlige grunner kan være at saken er komplisert eller alvorlig, eller at det er personlige forhold hos siktede som gjør det påkrevet med forsvarer.

Etter strpl. § 96 første ledd skal siktede ha forsvarer under hovedforhandlingen. Han skal også ha forsvarer i tilståelsessaker i tingretten og forhørsretten hvor det er spørsmål om å idømme frihetsstraff i mer enn 6 måneder. Bare hvis siktede gir et uttrykkelig gir avkall på retten til forsvarer og retten finner det ubetenkelig kan retten unnlate å oppnevne forsvarer. I annet ledd er det fastsatt en del viktige unntak. Siktede har ikke krav på forsvarer i promillesaker, foreleggssaker og saker om inndragning. Når det avholdes bevisopptak til bruk i hovedforhandlingen skal siktede etter strpl. § 97 også ha forsvarer hvis ikke retten finner det ubetenkelig å avholde bevisopptaket uten forsvarer. Det samme gjelder ved beslutning om og gjennomføring av anonymt avhør.

Det er bestemt i strpl. § 96 at siktede så vidt mulig skal ha forsvarer ved pågrepelse som varer mer enn 24 timer og ved fengslingsmøte. Så lenge fengslingen varer skal han ha forsvarer. Når pågripelsen eller fengslingen opphører bortfaller oppnevningen. Utover de tilfelle som omhandles i strpl. §§ 96 – 99 kan retten etter strpl. § 100 annet ledd oppnevne forsvarer når særlige grunner taler for det.

5.2 Oppnevning av forsvarer etter strpl. § 100a

Under etterforskningen mot en mistenkt gjelder ingen alminnelig regel om rett til forsvarer og fritt forsvarervalg. Imidlertid skal det etter strpl. § 100 a oppnevnes forsvarer for mistenkte hvor retten skal treffe beslutning om utsatt underretning i saker som gjelder gjennomføring av ransaking etter strpl. § 200 a, overvåking og teknisk sporing etter strpl § 202 c, beslag og utleveringspålegg etter strpl. §§ 202e, 208a, 210 a og 210 c og kommunikasjonskontroll etter strpl. §§ 216 a, 216 b og 216 m. Forsvareren skal oppnevnes straks begjæringen kommer inn til retten. Det vil som regel bli oppnevnt en fast forsvarer, jf strpl. § 103. Oppnevning skal skje selv om mistenkte allerede har en forsvarer. Den oppnevnte forsvareren har ikke anledning til å sette seg i forbindelse med mistenkte og han har full taushetsplikt om alle forhold som saken angår. Begrunnelsen er at tiltaket ellers ville bli hensiktsløst eller forspilt. Under behandlingen av saken skal forsvareren ivareta

mistenktes interesser etter de rettslige og etiske regler som gjelder for forsvarere. På grunn av taushetsplikten vil forsvareren kunne få problemer hvis han blir oppnevnt ved en eventuell fortsettelse av saken. Derfor er det bestemt at retten kan beslutte at han ikke skal oppnevnes. Det er ikke noe forbud mot at han oppnevnes hvis det er ubetenkelig.

Hvilke etiske problemer kan tenkes å oppstå for den forsvareren som blir oppnevnt i disse tilfellene? Jeg forutsetter at forsvareren ikke støter på vanskeligheter som reiser etiske problemer i forbindelse med behandlingen av selve saken.

I dette tilfelle setter loven klare rammer hva gjelder oppdragets innhold og forholdet til mistenkte. Forsvareren må akseptere lovens bestemmelser hvis han påtar seg oppdraget. Har han innvendinger på etisk grunnlag til den ordning lovgiver har bestemt, må han frasi seg oppdraget. Derved unngår han å komme i en situasjon som medfører etiske problemer fordi han er uenig i lovens innhold. En slik situasjon er ikke forsvareretisk i vanlig forstand. Det dreier seg om en rettspolitisk og ikke en forsvareretisk problemstilling.

Det er grunnleggende at en advokat må følge loven. Til stadighet må en advokat forholde seg til at lovgiver velger andre løsninger enn det som følger av advokatens overbevisning, men i sin rådgivning og i sitt virke må han forholde seg til lovens bestemmelser.

5.3 Det frie forsvarervalg

Retten oppnevner forsvarer for ”den enkelte sak eller det enkelte rettsmøte”, jf. strpl. § 102, første ledd, 1. punktum. Ønsker den siktede en bestemt forsvarer skal denne som hovedregel oppnevnes, jf. strpl. § 102, første ledd. Det er ikke slik at de som står i utvalgene av faste forsvarere, har monopol på å gjøre tjeneste som offentlig forsvarer.⁹

⁹ Johs. Andenæs, Norsk straffeprosess Bind 1, 2000, s 84.

Bestemmelsen lovfester i likhet med strpl. § 94 prinsippet om det frie forsvarervalg. Prinsippet er begrunnet i hensynet til tillitsforholdet mellom forsvarer og klient.¹⁰ Det er utformet som en klar rettsregel i EMK artikkel 6(3)(c) som en minsterettighet; ”å forsvare seg personlig eller med rettslig bistand etter eget valg, ...”. En tilsvarende bestemmelse er inntatt i ERL punkt 1.1 og lyder slik: ”Klienten velger selv hvem som skal være forsvarer.”

Prinsippet om det frie forsvarervalg gjelder ikke absolutt. Det må blant annet veies mot kravet om at straffesaker skal behandles hurtig og effektivt. Dette kravet er også nedfelt i EMK artikkel 6(1) hvor det står at enhver har krav på offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig domsstol.

Det frie forsvarervalg begrenses også som en følge av at den forsvareren siktede velger må være villig til å påta seg oppdraget. ERL punkt 1.6 første setning bestemmer at advokaten selv avgjør om han vil påta seg et forsvareroppgjør. RGA punkt 1.2 siste setning har en tilsvarende bestemmelse. Det er en forutsetning for forsvarerens integritet at han står fritt i valget av oppdrag. Forsvareren må oppfylle de kravene som stilles til hans uavhengighet etter bestemmelsene i RGA punkt 2.1. Det kan også være andre grunner som gjør det advokatetisk uriktig å påta seg et oppdrag. Saken kan dreie seg om forhold som strider mot hans livssyn, han kan ha manglende tro på saken eller et negativt forhold til siktede. Forsvareren plikter ikke å oppgi grunnen til at han ikke vil påta seg oppdraget.

Forsvareren skal heller ikke påta seg et oppdrag hvis han mangler den kompetanse som er nødvendige og ikke kan få faglig bistand eller innen rimelig tid skaffer seg slik kunnskap eller kompetanse, jf. RGA punkt 3.1.4 første ledd. Bestemmelsen er et utslag av den grunnleggende regel i RGA punkt 1.2 annet ledd om advokatens plikt til å ivareta sine klienters interesser etter beste evne og regelen i punkt 3.1.2 om at advokaten skal ivareta klientens interesser raskt, samvittighetsfullt og påpasselig. Advokaten vil ikke opptre i samsvar med disse generelle reglene hvis han ikke etterlever bestemmelsen i punkt 3.1.4.¹¹

¹⁰ Forsvareren Alf Nordhus 70 år.1989. s 19.

¹¹ H.I. Haraldsen. Regler for god advokatskikk med kommentarer s.84.

Prinsippet om fritt valg av forsvarer må også veies opp mot hensynet til fremdriften i behandlingen av saken. Strpl. § 102 første ledd, fjerde setning bestemmer at en annen forsvarer enn den siktede ønsker kan bli oppnevnt ”dersom oppnevningen av den ønskede forsvareren vil føre til forsinkelse av betydning for saken,” ...

RGA punkt 3.1.4 andre ledd fastslår at en advokat ikke bør påta seg nye saker hvis de ikke kan bli behandlet med rimelig hurtighet. Bestemmelsen er en konsekvens av kravet til rask saksbehandling i RGA punkt 3.1.2. Hva som menes med rimelig hurtighet vil variere etter forholdene. Vet en advokat at han ikke blir i stand til å ivareta nye saker løpende på grunn av reisefravær over tid eller mange og omfattende rettssaker, bør han være varsom med å påta seg oppdragene.

RGA punkt 4.4, som gjelder forholdet til domsstolene, bestemmer at en advokat skal justere oppdragsmengden ”slik at det ikke hindrer ham i å oppfylle rimelig krav til tempo under saksforberedelsene.” ERL punkt 1.8 fastslår på tilsvarende måte at en advokat bør være varsom med å påta seg forsvareropdrag når dette vil føre til vesentlig forsinket berømmelse.

De fleste forsvarere ønsker seg tilstrekkelig med oppdrag av hensyn til behovet for inntjening.

Det har lenge vært et problem at forsvarerne påtar seg for mange oppdrag slik at det tar urimelig lang tid å få berømmet rettsmøter. Det kan derfor bli en konflikt mellom det offentlige interesse i en rask saksbehandling og prinsippet om fritt forsvarervalg.

Denne situasjonen førte til en lovendring i 2002¹² Forarbeidene er inntatt i Ot. prp. nr. 66 (2001 – 2002) Arbeidsgruppe II, som ble nedsatt av departementet, tar i kapittel 7.1 på side 67 flg. i proposisjonen opp spørsmålet om begrensninger i det frie forsvarervalg. Særlig i de store byene, og spesielt i Oslo-området, var opptatte advokater et betydelig, praktisk

¹² Lov av 28.juni 2002 nr. 55.

problem for mange domstoler. I saker der den siktede ble sittende i varetektsfengsel hendte det ofte at han ønsket oppnevnt en forsvarer som var svært opptatt og hadde vanskeligheter med å motta berømmelse på de tidspunkter retten foreslo.

Etter den tidligere strpl. § 102 kunne retten unnlate å oppnevne den forsvareren siktede ønsket hvis det førte til "vesentlig forsinkelse." Arbeidsgruppen mente at dette vilkåret var unødig stramt og foreslo å endre vilkåret til "forsinkelse". Endringsforslaget er inntatt i proposisjonens kapitel 20.2. på side 132 flg.

Departementets vurdering etter høringen står i proposisjonens kapitel 7.4 på side 73 flg. og merknadene til endringsforslaget i kapitel 20.2 på side 132 flg. Departementet gikk inn for at det skulle gjøre visse begrensninger i det frie forsvarervalg. Hovedregelen skulle fortsatt være at den siktede skulle ha fritt forsvarervalg, men retten kunne velge en annen forsvarer hvis det ville føre til forsinkelse av betydning for saken å oppnevne den forsvareren siktede ønsket, se strpl. § 102 første ledd tredje setning. Departementet understreker at det bør legges opp til rutiner som medfører at det bare oppnevnes en annen forsvarer hvor saken må utsettes grunnet forhold hos den forsvarer siktede ønsker.

Det skal mindre til enn etter den tidligere bestemmelsen før retten kan oppnevne forsvarer mot den siktedes ønske, men hvilken som helst forsinkelse skal etter departementets syn ikke være avgjørende. Siktedes ønske om valg av forsvarer skal veies opp mot hensynt til en hurtig avvikling av saken. Her vil overholdelse av fristene i strpl. § 275 vil være tungtveiende argumenter. Det skal også legges vekt på hensynet til andre siktede, den fornærmede, siktedes personlige forhold og overholdelse av internasjonale forpliktelser.

Etter at lovendringen trådte i kraft den 1.10.2002 har Høyesteretts kjæremålsutvalg avsagt flere kjennelser som angår fritt forsvarervalg etter strpl. § 102. Avgjørelsene er konkret begrunnet etter forholdene i den enkelte sak.

I en kjennelse i Rt. 2003 side 1627 uttaler Høyesterett i avsnitt 16 under henvisning til tidligere praksis: ” Det følger av disse sakene at avgjørelsen må bero på en helhetsvurdering, der hensynet til tiltaltes frie forsvarervalg må avveies, særlig mot det klart uttalte ønsket om en raskere avvikling av straffesakene. Forsinkelser på mellom seks uker og to måneder er funnet å være forsinkelser av betydning.”

Spørsmålet om det frie forsvarervalg ble behandlet i en Høyesterettsdom i Rt. 2004 side 950. Lagmannsretten hadde i en drapssak nektet at ankeforhandlingen ble utsatt i fire måneder, fordi den ønskede forsvarer ikke hadde anledning til å møte før. Høyesteretts flertall kom etter en konkret vurdering til at dette var en ”betydelig forsinkelse” som måtte veie tyngre enn siktedes rett til fritt forsvarervalg.

ERL punkt 1.6. andre setning bestemmer at forsvareren ikke skal påta seg oppdraget hvis det er i strid med klientens ønsker. Denne bestemmelsen er en konsekvens av prinsippet om det frie forsvarervalg. Hvis det viser seg at siktede avviser å samarbeide med den oppnevnte forsvareren, har han plikt til å trekke seg fra oppdraget. I en slik situasjon vil det også være riktig å frasi seg oppdraget av andre grunner. Det er en nødvendig forutsetning for å kunne utføre oppdraget til beste for klienten at forholdet bygger på tillit.

Faste forsvarere står i en annen stilling. Etter ERL punkt 1.6 tredje setning kan en fast forsvarer ikke si nei til et oppdrag av denne grunn, med mindre særlige forhold tilsier at han ikke påtar seg oppdraget. Årsaken er at en fast forsvarer har plikt til å påta seg oppdrag og at det derfor skal mer til før han kan trekke seg.

Det mest nærliggende å legge i kravet til særlige forhold, kan være at det ikke er mulig å oppnå et tillitsforhold til siktede fordi han nekter å samarbeide med den oppnevnte forsvareren. I en slik situasjon vil det ikke la seg gjøre å gjennomføre forsvareroppgavet på en måte som tilfredsstiller kravene i de etiske regler. Når den oppnevnte forsvareren må bryte grunnleggende etiske regler for å gjennomføre et oppdrag som han er pålagt etter

loven, mener jeg at han ikke har annet valg enn å frasi seg oppdraget for å ivareta sin faglige integritet og tillit, se RGA punkt 2.2.

Jeg viser i denne forbindelse til Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse i Rt. 1995 side 145. I en omfattende straffesak som sto for Agder lagmannsrett måtte tiltalte B ha ny forsvarer. Advokat Morten Wexels ba om oppnevning etter ønske fra B og begjærte samtidig utsettelse av hovedforhandlingen. Forsvarerne for A protesterte mot utsettelse, og lagmannsretten oppnevnte advokat Thorkildsen, som var fast forsvarer, som ny forsvarer for B. Lagmannsrettens beslutning ble påkjært. Kjæremålsutvalget forkastet kjæremålet under henvisning til at saken ellers ville bli vesentlig utsatt og av hensyn til tiltalte A og hans forsvarere. I ettertid nektet B ethvert samarbeid med advokat Thorkildsen. Hennes holdning medførte at Thorkildsen frasa seg oppdraget, advokat Wexels ble oppnevnt som forsvarer og saken ble utsatt.

Det kan også være at det blir knappe tidsmarginer til forberedelse for den oppnevnte forsvareren, særlig hvis det er en stor straffesak. Forsvareren må da vurdere om han har mulighet for å forberede seg grundig, slik det er forutsatt i ERL punkt 4.1. Dette kan ofte være et problem fordi den faste forsvareren må sette seg inn i hele saken, også den delen av saken som den tidligere forsvareren har arbeidet med. Samtidig kan også et vanskelig tillitsforhold til klienten medføre at saken tar lengre tid å forberede for den fast forsvareren. Får han ikke forberedt seg nok til at siktedes interesser kan ivaretas på en forsvarlig måte, bør han trekke seg fra oppdraget. For å unngå slike situasjoner, må en fast forsvarer tilpasse sin løpende oppdragsmengde slik at han kan påta seg de straffesaker hvor han blir oppnevnt av domsstolene.

Det kan tenkes at forsvareren ikke vil påta seg et oppdrag fordi den straffbare handlingen kommer i konflikt med hans livssyn. Det kan for eksempel være et problem for en forsvarer, som er personlig kristen, å ha en sak om blasfemi. Også andre særlige forhold kan tenkes, for eksempel at forsvareren har et barn som er blitt seksuelt misbrukt av andre. Da vil forsvareren lett kunne miste sin objektivitet. Dette er et forhold som en advokat bør

vurdere før han søker stillingen som fast forsvarer. Den faste forsvareren har som hovedregel plikt til å påta seg de oppdrag han blir tildelt. Derfor bør advokaten avstå fra å søke hvis han vet at han kan få slike problemer.

Andre særlige forhold som kan gi grunn til ikke å påta seg oppdraget er interessekonflikt og habilitetsspørsmål.

5.4 Klientnapping

Klientnapping er et uttrykk som blir brukt i forbindelse med at en advokat forsøker å overta en klient fra en advokatkollega. Problemet ser ut til å komme opp i store straffesaker.

Grunnen kan være at disse sakene kan påregnes å bli anket til lagmannsretten og derfor være god butikk for advokaten. Dessuten gir alvorlige straffesaker stor oppmerksomhet fra media, og vil være en fordel i forbindelse med markedsføring av advokaten.

Forsøk på å nappe en klient fra en kollega er brudd på de advokatetiske regler. RGA punkt 3.1.1 første ledd har bestemmelser om at en advokat ikke må påta seg oppdrag uten at klienten selv, en annen advokat eller et kompetent organ har anmodet om dette direkte. Bestemmelsen bygger på prinsippet om det frie forsvarervalg. Forsvarervalget skal utøves av den siktede selv, uten press fra andre. Foruten å ivareta klientens rett til å velge advokat, gir bestemmelsen også sikkerhet for at det er klientens ønsker og instrukser som advokaten mottar.¹³

Bakgrunnen for regelen er at personer som er mistenkt, siktet eller tiltalt, er i en vanskelig og sårbar situasjon. I en slik situasjon bør de ikke utsettes for salgsfremstøt fra ulike forsvarere. Bestemmelsen skal bidra til å tydeliggjøre hvem som er advokatens klient og hva oppdraget går ut på. Ved eventuell tvil om det er gitt noe oppdrag eller ikke, er det advokaten som bærer risikoen.

¹³ H.I. Haraldsen. Regler for god advokatskikk. 2005. s. 72.

ERL punkt 1.3 presiserer at en advokat ikke på eget initiativ skal kontakte ”en mistenkt/siktet for å få forsvareroppgdrag, og skal ikke ta initiativ til overtagelse av forsvareroppgdrag fra annen advokat”

Representantskapet i Advokatforeningen vedtok endringer i ERL punkt 1.4 den 25.11. 2005. Årsaken var den debatten som hadde pågått i media om klientnapping. Denne debatten var en belastning for advokatstandens omdømme. Endringen presiserer og strammer inn hva som er tillatt i forhold til bytte av forsvarer.

Det er ERL punkt 1.4 første ledd som har betydning i dette avsnitt. Regelen presiserer at det skal utvises forsiktighet ved henvendelser fra klienter som er representert ved annen forsvarer. En klient i varetekt skal, såfremt det er mulig, henvende seg skriftlig ved en undertegnet erklæring før en ny forsvarer kan ta kontakt. Det samme kravet gjelder når henvendelsen til en ny forsvarer skjer gjennom andre enn klienten selv.

I en disiplinærsak OSL–168-2006 ble det besluttet at en advokat skulle meddeles en advarsel for å ha handlet i strid med RGA punkt 3.1.1, punkt 1.2, punkt 1.3 og punkt 2.2. Jeg refererer kun til sider ved disiplinærutvalgets avgjørelse som omhandler klientnapping.

Advokaten ble innklaget av en innsatt i fengsel for å ha henvendt seg direkte til ham for å få forsvareroppgdraget. Den innsatte var dømt i en svært medieomtalt sak, og ventet på ankebehandlingen i lagmannsretten. Advokaten hadde også vært på besøk hjemme hos tiltaltes mor. Hun hadde overfor ham gitt uttrykk for at hun var svært bekymret for sin sønn.

Utvalget viser til RGA punkt 3.1.1 som omhandler forbudet mot ”klientnapping”, og bruker ERL punkt 1.1 til 1.4 første ledd i fortolkningen av denne bestemmelsen. Utvalget bemerker at en advokat kun har anledning til å kontakte den innsatte etter henvendelse direkte fra han, og da helst skriftlig. Utvalget mener at det i denne saken er ”åpenbart at advokaten har henvendt seg direkte til siktede uten å ha fått noe oppdrag”, i strid med

nevnte bestemmelser i RGA og ERL. Videre tydeliggjør utvalget klientens og hans pårørendes situasjon, ved at de er ”svært sårbare, og det er derfor nødvendig med varsomhet.” Utvalget begrunner beslutningen med at advokaten har vist ”en helt uforståelig mangel på skjønnsomhet i sin opptreden vis a vis klageren og hans familie”.

Avgjørelsen er anket til Disiplinærnemnden.

Etter min mening er disiplinærutvalgets avgjørelse riktig. At innsattes familie kontakter en forsvarer fordi de ikke er fornøyd med den som er oppnevnt, og uttrykker bekymring og frustrasjon, kan selvsagt sette forsvareren i et etisk dilemma, spesielt hvis han har et personlig forhold til familien. Allikevel er det særdeles illojalt mot den oppnevnte forsvareren å følge opp en slik henvendelse. Dessuten blir klienten satt i en vanskelig situasjon hvis han sitter fengslet i total isolasjon, og kun har offentlige tjenestemenn og forsvareren å snakke med.

Den forsvareren som mottar henvendelsen kan unngå et slikt dilemma ved å holde seg til reglene i ERL punkt 1.3 og 1.4. Får en advokat henvendelse fra en familie, er reglene tydelige på at det er den siktede selv, og ikke familien som skal bestemme forsvarervalget.

6 Gjennomføringen av forsvareroppgdraget

6.1 Forsvarerens kontakt med klienten

Forsvareren skal under utførelsen av sitt oppdrag ha personlig kontakt med og aktivt ivareta siktedes interesser. Når det er reist tiltale plikter forsvareren etter strpl. § 265 uten unødige opphold ta kontakt med tiltalte. Dette gjelder imidlertid som et alminnelig prinsipp også når forsvareren blir oppnevnt tidligere i saken, jf. Rt 1999 s. 586.

Etter strpl. § 98 tredje ledd skal siktede gis anledning til å rådføre seg med forsvareren før fengslingsmøtet. Strpl. § 186 bestemmer at den som er pågrepet og fengslet har krav på ukontrollert skriftlig og muntlig kommunikasjon med forsvareren. Han skal kunne snakke med eller skrive brev til forsvareren uten at politiet eller andre har rett til å avlytte samtaler eller åpne brevene. Det gjelder også ved varetektsopphold med brev- og besøksforbud.

Det fremgår også av EMK artikkel 8 at enhver har rett til respekt for sitt privatliv, men at det kan gjøres unntak blant annet av hensynet til å forebygge uorden eller kriminalitet. Høyesteretts kjæremålsutvalg behandlet spørsmålet om kommunikasjonskontroll var i strid med artikkel 8 i en kjennelse inntatt i Rt 2005 s 196. Saken gjaldt et tilfelle hvor politiet hadde fått tillatelse fra forhørsretten med hjemmel i strpl. §§ 216 a og 216 b til å foreta avlytting av siktedes mobiltelefon og en fasttelefon som også familien benyttet. Forsvareren anførte at etterforskningsskrittet var i strid med artikkel 8 fordi siktede blant annet var fratatt retten til å kommunisere fritt med sin forsvarer. Kjæremålet ble forkastet. Høyesterett kom til at telefonkontroll kunne gjennomføres på de vilkår som fremgår av artikkel 8, og at spørsmålet var vurdert da kapittel 16 A i straffeprosessloven ble vedtatt. Det ble også vist til at opptak som gjelder samtaler med forsvareren etter strpl. § 216 g skal tilintetgjøres snarest mulig fordi opptakene ikke kan brukes i retten av hensyn til forsvarerens taushetsplikt.

6.2 Forsvarerens samtaler med klienten

Forsvareren skal etter ERL punkt 2.3 gi klienten sin vurdering av bevisene i saken og om nødvendig gi råd med hensyn til skyldspørsmålet. Forsvareren må på en realistisk og nøktern måte redegjøre for sitt syn på saken. Hvis klienten ikke har tilstått, må forsvareren gi en vurdering av hvorledes han oppfatter mulighetene for domfellelse. Han må også opplyse at en tilståelse gir muligheter for strafferabatt eller forkortelse av et eventuelt varetektsopphold.

Etter ERL punkt 2.4 må forsvareren ikke tilskynde eller medvirke til at klienten avgir en uriktig forklaring. Det er grunnleggende at klienten må stå ansvarlig for innholdet i sin egen forklaring. Han står fritt til å forklare seg sant eller usant. Forsvareren skal ikke gjøre seg delaktig i de valg som er klientens ansvar. Når forsvareren har samtaler med klienten må han ikke styre de svarene klienten gir eller stille ledende spørsmål. Forsvareren bør ikke ordlegge seg slik at klienten opplever det som om han blir instruert i å forklare seg uriktig¹⁴. Forsvareren må også påpeke punkter i forklaringen som er svake, uklare eller selvmotsigende og gjøre klienten oppmerksom på at han vil bli konfrontert med disse punktene i senere politiavhør eller i retten. Han må be klienten tenke nøye gjennom de svarene han vil gi i senere forklaringer.

Etter at avhørene er avsluttet og alle dokumenter er utlevert, må forsvareren gjennomgå saken og påpeke forhold som kan skape problemer for klienten i retten. Hvor langt skal forsvareren gå når klienten stiller spørsmål om straffutmålingen? Forsvareren må ikke gi falske forhåpninger. Han bør vise forsiktighet når det gjelder uttalelser om straffens lengde, men må kunne gi sin vurdering av mulighetene for betinget eller ubetinget straff. Ved utformingen av svaret må han ta hensyn til klientens mentale situasjon.

6.3 Klientens politiforklaring

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess at mistenkte og siktede ikke har plikt til å bidra til å oppklare saken. Mistenkte og siktede har derfor ingen plikt til å forklare seg, jf. strpl. §§ 232 og 90. Det er allikevel en tradisjon her i landet at mistenkte eller siktede forventes å avgi forklaring. I de fleste tilfelle avgir han forklaring både for politiet og for retten.

¹⁴ T. Langbach, Forsvareren, 1996, side 40

Siktede skal i det første rettsmøtet gjøres kjent med at han ikke har plikt til å forklare seg. Nekter han å avgi forklaring, skal dommeren gjøre oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot han, jf. strpl. § 93 annet ledd. Som oftest er det en fordel å forklare seg fordi de fleste dommere høyst sannsynlig vil mene at en forklaringsnektelse ikke gagnar siktedes sak.

Etter ERL pkt. 3.2 første avsnitt må forsvareren gi klienten råd om det vil være i hans interesse å forklare seg for politiet. Etter bestemmelsens ordlyd er forsvareren forpliktet til å rådgi klienten i dette spørsmålet. Utgangspunktet for forsvareren er at rådet skal gi et best mulig resultat for klienten.

Forsvarerens råd til klienten når det gjelder spørsmålet om forklaring skal avgis eller ikke, eventuelt utsettes til et senere tidspunkt kan ikke besvares generelt. Det må avgjøres i forhold til situasjonen i hvert enkelt tilfelle. Politiet vil på sin side alltid ønske en forklaring fra siktede så tidlig som mulig i saken fordi det kan lette etterforskningen med forklaringen som utgangspunkt. Men hensynet til en effektiv etterforskning er bare et av flere forhold forsvareren må ta i betraktning når han skal avgjøre hva som er best for klienten.

For å kunne gi en vurdering av spørsmålet må forsvareren først kjenne sakens dokumenter. Forsvareren bør derfor sette seg inn i saken før han råder sin klient i spørsmålet om å avgi forklaring. Det er et generelt prinsipp at en advokat ved utførelsen av et oppdrag alltid skal sette seg grundig inn i sakens faktum. Dette er blant annet nedfelt i ERL pkt 3.2 annet ledd: ”Forsvareren bør i alminnelighet ikke delta i politiavhør dersom han ikke på forhånd har fått innsyn i sakens dokumenter og hatt adgang til å snakke med klienten.” Dessuten må han sette seg inn i klientens ønsker og situasjon.

En vanskelig avgjørelse for forsvareren er å vurdere på hvilket stadium i etterforskningen klienten bør avgi forklaring. Hvilke råd han gir kan ha konsekvenser for den videre saksgang. I de få tilfellene hvor saken vil stå og falle med forklaringen, må forsvareren vurdere siktedes situasjon spesielt grundig.

Det er forhold som tilsier at klienten ikke bør vente med å avgi forklaring. Klienten vil i praksis ha større troverdighet og forklaringen større bevisverdi dersom den er avgitt tidlig i saken og uten kjennskap til dokumentene. Forklaringen vil da være avgitt uten muligheter for tilpasninger til tekniske bevis og andres forklaringer. Dette er viktig å ta i betraktning i saker der mye står og faller på troverdighet. Særlig hvis klienten klart uttaler at han er uskyldig, og mener at han kan forklare det på en overbevisende måte, vil det normalt være riktig å gi forklaring tidlig under etterforskningen.

Hvis klienten og forsvareren er nektet dokumentinnsyn, må forsvareren vurdere om han skal råde klienten til å vente med å avgi forklaring til etter at politiet eller retten har unntatt dokumentene fra taushetsplikt. Er saken svært alvorlig og politiet klausulerer mye informasjon, kan det være større grunn enn det til å vente med forklaringen enn i enklere tilfelle.

Forklaringsnektelse kan ha negative konsekvenser for klienten. Det kan føre til at klienten sitter lenger i varetekt og at han blir fremstilt som skyldig i media fordi han ikke samarbeider med politiet. Det kan også bli oppfattet som en motarbeiding av etterforskningen og en mistenkeliggjøring av politiets arbeid.

I saker med svake bevis kan politiet etterforske sider av siktedes forklaringer som ligger utenfor den handlingen siktelsen omfatter. Sviktende forklaringer i utenforliggende forhold kan bli brukt til å svekke siktedes troverdighet ved behandlingen av skyldspørsmålet under hovedforhandlingen. En forklaring fra klienten vil kunne bidra til å forhindre slik etterforskning.

I enkelte tilfelle kan det av hensyn til siktedes tilstand være grunn til å vente med å gi forklaringen. Dersom siktede er utslitt etter en søvnløs natt i arresten, vil det uansett være fornuftig å vente til siktede har kommet seg. Innholdet i politiavhøret kan ha stor betydning for utfallet i saken og det er viktig at klienten er opplagt når han forklarer seg.

Det er ikke mulig å gi et entydig svar på når og om siktede skal avgi forklaring.

Forsvareren må vurdere de konkrete forholdene i hvert enkelt tilfelle, blant annet med utgangspunkt i de hensyn som er gjennomgått ovenfor.

6.4 Privat etterforskning

Som nevnt i avsnitt 4.2 er det påtalemyndighetens oppgave å gjennomføre etterforskningen og klarlegge både det som taler for og mot mistenkte og siktede. Forsvarerens oppgave er å påse at klientens interesser blir tilstrekkelig ivaretatt under etterforskningen, jf. ERL punkt. 3.1 første ledd. Hvis forsvareren ser at det er i klientens interesser, er han etter ERL punkt. 3.3 forpliktet til å begjære etterforskningsskritt eller i særlige tilfelle selv foreta undersøkelser.

Et slikt initiativ fra forsvarerens side bør være saklig begrunnet og ivareta siktedes krav på at etterforskningen også skal belyse forhold som taler til hans fordel. Langbach går noe lenger når han på side 134 drøfter om forsvareren skal begjære etterforskningsskritt for å trenere fremdriften i saken når det er i siktedes interesse. Hvis det er aktverdige forhold hos klienten som tilsier en forsinkelse i etterforskningen, må forsvareren kunne fremsette en begjæring hvis den kan begrunnes på en fornuftig måte. Men forsvareren bør vise varsomhet og tilbakeholdenhet fordi det er uheldig for klienten hvis forsvareren kommer i en situasjon hvor han mister troverdighet hos påtalemyndigheten og retten.

6.5 Opplysninger som kan skade klienten

Etter ERL punkt. 3.4 har forsvareren ikke plikt til å legge frem opplysninger som kommer frem under etterforskningen og som kan skade klienten for påtalemyndigheten eller retten. Men han har plikt til å informere klienten om opplysningene, jf. ERL punkt. 3.1. Han bør også diskutere med klienten om opplysningene allikevel skal fremlegges. Ved vurderingen

av dette spørsmålet må advokaten i sin rådgivning legge hovedvekten på klientens interesser. Bare hvis klienten samtykker kan opplysningene fremlegges. Selv om opplysningene er kommet frem under etterforskningen, er forsvareren bundet av taushetsplikten også i ettertid.¹⁵

Det kan forekomme situasjoner hvor forsvareren er forpliktet til å fremlegge opplysningene til tross for at klienten ikke samtykker. Etter strpl. § 119 første ledd må retten ikke ta imot forklaring fra blant annet advokater uten at den som har krav på hemmelighold gir sitt samtykke. Imidlertid bestemmer strpl. § 119 tredje ledd at forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet. Når det i loven er gitt et positivt unntak fra taushetsplikten er det ingen tvil om at forsvareren må forklare seg uten samtykke fra klienten hvis han har opplysninger som kan frita en uskyldig for straff. Det fremgår av RGA punkt. 2.3.2 at forsvareren skal overholde den taushetsplikt som er lovpålagt. Det er lovgivers valg at taushetsplikten skal bortfalle for å forhindre at en uskyldig blir dømt.

6.6 Retten til dokumentinnsyn

Etter ERL pkt. 3.1 første ledd skal forsvareren under etterforskningen blant annet ivareta klientens rett til dokumentinnsyn. For det tilfelle at forsvareren gis innsyn i dokumentene med pålegg om taushetsplikt overfor klienten, bestemmer ERL pkt. 3.1, annet ledd at forsvareren bare bør godta dokumentinnsyn dersom klienten samtykker. Bestemmelsen er utformet som en anbefaling. Det forsvareren må vurdere er om han av hensyn til siktedes interesser allikevel bør akseptere innsyn mot taushetsplikt.

Først vil jeg gi en kort redegjørelse for reglene om dokumentinnsyn i strpl. §§ 242 og 242 a.

¹⁵ S. Knudtzon og W. Omsted, Å være advokat, 2002, side 93

Hovedregelen etter strpl. § 242 er at forsvareren og mistenkte skal gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, men det gjøres unntak hvis det er fare for bevisforspillelse, påvirkning eller forulempning av vitner, fjerning av bevis eller at mistenkte avgir uriktig forklaring. Også opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll kan holdes tilbake. Hvis mistenkte eller forsvareren nektes innsyn, kan spørsmålet kreves avgjort ved kjennelse. Resultatet kan bli at mistenkte nektes innsyn, men ikke forsvareren.

Ved lov av 9.5.2003 nr. 30 om begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel ble det vedtatt en ny bestemmelse i straffeprosessloven § 242 a. Bestemmelsen gir påtalemyndigheten adgang til å be om rettens kjennelse for at siktede og forsvareren på nærmere angitte vilkår skal nektes innsyn i opplysninger som ikke føres som bevis i saken. Vilkårene for å nekte innsyn er strenge. Det er adgang til å gi forsvareren innsyn, men ikke siktede.

Innsyn kan nektes hvis det kan være fare for en alvorlig forbrytelse mot noens liv, helse eller frihet, vesentlig vanskeliggjøring av skjult etterforskning, forebygging eller etterforskning i andre saker og internasjonalt politisamarbeid. Videre må unntaket være strengt nødvendig og ikke medføre vesentlige betenkeligheter av hensyn til forsvaret av siktede. Bestemmelsen er begrenset til forbrytelser med strafferamme på mer enn 5 år, statsfiendtlige forbrytelser og alvorlige narkotikaforbrytelser.

Behovet for lovendringen fremgår blant annet av en kjennelse av Høyesteretts kjeremålsutvalg i Rt. 2002 s. 1049. Der ble det i forbindelse med en sak om ulovlig oppbevaring av 35 kg heroin begjært utvidet dokumentinnsyn fra forsvareren i dokumenter fra politiets etterforskning. Påtalemyndigheten mente at de dokumentene forsvareren begjærte fremlagt måtte holdes tilbake fordi dokumentinnsyn ville bringe informanter i klar livsfare, og hevdet at strpl. § 292 andre ledd ga hjemmel for tilbakeholdelse. Høyesterett uttalte at bestemmelsen i § 292 andre ledd, andre setning en konkret unntaksregel som ikke omfattet det aktuelle tilfelle. Videre uttales det på side 1051 femte avsnitt:

”Man står altså overfor spørsmålet om domsstolene på ulovfestet grunnlag kan foreta en beskjæring av reglen i straffeprosesslovens § 292, 2. ledd første punktum om at bevis bare kan nektes ført når det gjelder forhold som er uten betydning for saken, eller som allerede er tilstrekkelig bevist. Kjæremålsutvalget ser i og for seg vekten av de behov for tilbakeholdelse av dokumenter som påtalemyndigheten påberoper seg. Når disse behov skal holdes opp mot hensynet til sakens opplysning, står man imidlertid overfor vanskelige avveiningsspørsmål som det må være opp til lovgiver å ta stilling til...”

Da kjennelsen ble avsagt hadde Justisdepartementet allerede startet arbeidet med lovendringen. Bakgrunnen for lovforslaget var ønsket om å beskytte kildene til politiet i arbeidet med bekjempelse av alvorlig kriminalitet. Forarbeidene er inntatt i Ot. prp. nr. 24 (2002 – 2003). Forholdet til forsvareren er inntatt i kapitel 6.2 på side 31 flg. i proposisjonen. Departementet kom til at det i en del tilfelle ville være tilstrekkelig å nekte siktede innsyn, men gi forsvareren innsyn, helt eller delvis, under taushetsplikt.

I høringsuttalelsene, som er inntatt i Ot. prp. nr. 24 under kapitel 6.2.2. på side 32-36, ble det nevnt at forsvareren kunne nekte å ta imot opplysninger som ikke kan bringes videre til siktede. Det ble også nevnt at forsvareren er en profesjonell aktør som er vant til å behandle taushetsbelagte opplysninger slik at det ikke er noen fare for at han vil komme til å røpe noe overfor klienten.

Er det riktig av forsvareren å få innsyn i taushetsbelagte dokumenter når klienten ikke kan informeres?

Forsvareren må først ta opp spørsmålet med klienten. Hvis forsvareren mener at det er nødvendig av hensyn til klientens interesser at han får innsyn og klienten aksepterer hans begrunnelse, bør det etisk sett ikke være noe til hinder for at forsvareren benytter innsynsretten. Det kan allikevel være situasjoner hvor det blir vanskelig å gjennomføre samtaler med klienten, selv om forsvareren som profesjonell aktør er vant til å behandle taushetsbelagt informasjon. Hvis de taushetsbelagte dokumentene er forklaringer fra andre

siktete i saken og klienten forklarer seg i strid med disse, må forsvareren stille spørsmål til klienten om hendelsesforløpet på en slik måte at det ikke skinner igjennom hva han vet. Forsvarerens oppgave er ikke enkel, og særlig ikke hvis klienten kan risikere flere års fengsel og forsvareren vet at klienten i senere politiavhør vil forklare seg på en måte som skaper problemer for hans sak. Dette innebærer at forsvareren bør overveie nøye om han skal avstå fra innsyn selv om klienten samtykker.

Hvis klienten av ulike grunner er negativ til at forsvareren får taushetsbelagt informasjon eller nekter å gi samtykke, må forsvareren vurdere om saken til tross for klientens holdning er tjent med at han får innsyn. Forsvarerens avgjørelse må tas etter en konkret vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak.

Ved denne vurderingen må forsvareren først og fremst ta hensyn til at forholdet mellom advokat og klient i alle sammenhenger bygger på tillit. I sitt arbeid skal forsvareren ivareta klientens interesser på best mulig måte. Da er han avhengig av et godt samarbeid med klienten.

Det kan være at forsvareren må ha innsyn fordi han ikke vil kunne gi gode råd og gjennomføre et godt forsvar uten å kjenne saken fullt ut. En slik vurdering er vanskelig fordi forsvareren ikke kjenner dokumentenes innhold. Situasjonen kan allikevel være at forsvareren ut ifra sitt kjennskap til saken forstår at han har behov for innsyn i taushetsbelagt informasjon.

Forsvareren må også ta hensyn til at det kreves full innsats fra hans side i rettssalen. Det kan gå ut over utførelsen av oppdraget hvis taushetsbelagt informasjon kan medføre at hans tro på at klienten er troverdig blir svekket, særlig hvis klienten kommer i et dårligere lys overfor forsvareren på grunn av innholdet i den informasjonen som gis.

Hvis forsvareren er i tvil, bør han følge bestemmelsen i ERL punkt 3.1 andre ledd og avstå fra dokumentinnsyn. Det må bare være når tungveiende hensyn i forholdet til forsvaret av siktede tilsier det at forsvareren mottar taushetsbelagt informasjon.

6.7 Forsvarerens prosedyre

For forsvarerens prosedyre gjelder ”srankens frihet”. Det er romslige grenser for ytringsfriheten under prosedyren. Om advokatens opptreden i retten skriver advokat Axel Heiberg i en kommentar til en dansk artikkel om ”Sakførernes ytringsfrihet”¹⁶: ”...det sier seg selv at man her, særlig i rettergang, må gi et ganske vidt spillerom utfra sakførerens spesielle stilling – han kan være nødt til å rette anklager og fremsette hypoteser hvis riktighet han ikke på noen måte kan bevise. Men han har ikke lov til å fare med løgn eller slarv, han må ikke gå lenger enn øyemedet tilsier, og han må holde en sømmelig form...”

Bestemmelsen i ERL pkt. 4.2 om forsvarerens oppgaver i retten bygger på det samme synet. Det uttales blant annet at forsvareren skal ivareta klientens interesser med frimodighet og selvstendighet.

Hvor langt kan forsvareren gå i å prosedere på uskyld hvis bevisene er sterke? Forsvareren må ta utgangspunkt i at klienten nekter straffeskyld og må prosedere på frifinnelse selv om det er klart at klienten vil bli dømt. Langbach uttaler at ”forsvareren vil med åpne øyne måtte prosedere standpunkter som er åpenbart uriktige.”¹⁷ Det kan være vanskelig for forsvareren å imøtegå klare beviser. Han må kunne anføre alle, rimelige feilkilder som kan hefte ved et teknisk bevis eller en vitneobservasjon. I sin argumentasjon må han holde seg innenfor rimelighetens grenser. Det tjener ikke klientens sak å irritere retten ved overdrivelser. Han må i det minste kunne anføre at enhver tvil skal komme tiltalte til gode, og at det stille strenge krav til bevisene. Hvis forsvareren mener det er problematiske å

¹⁶ Lov og Rett 1968 s. 310

¹⁷ T. Langbach, Forsvareren, 1996, side 35

prosedere på frifinnelse av etiske grunner i en slik situasjon, bør han i stedet vurdere å trekke seg fra oppdraget. Denne situasjonen er omtalt under avsnitt 6.9.

Situasjonen kan være annerledes hvis klienten har sagt seg skyldig. I henhold til ERL punkt 2.3 skal forsvareren utad basere seg på samme faktum som klienten, men skal gi råd om bevisvurderingen og i skyldspørsmålet. Videre står det; ”En skylderkjennelse er ikke nødvendigvis bindende for forsvareren.” Situasjonen kan oppstå hvis klienten erkjenner skyld i et politiavhør eller i retten.

Etter bestemmelsens ordlyd er forsvareren ikke bundet av klientens skylderkjennelse. Han må på selvstendig grunnlag både vurdere klientens situasjon ved tilståelsen og bevisene i saken. Klienten kan ha sittet med brev- og besøksforbud i isolasjon så lenge at han ikke orker mer og tilstår i håp om å slippe ut. Han kan også lide av et såkalt tilståelsessyndrom; han erkjenner flere handlinger enn han faktisk har utført.

Hvis forsvareren mener at klienten har tilstått på sviktende grunnlag eller er uskyldig og det er grunnlag for å prosedere på frifinnelse ut fra en vurdering av de bevisene påtalemyndigheten har lagt frem, må han først ta opp saken med klienten. Det er viktig å unngå en konflikt med klienten. Hvis klienten fastholder sitt standpunkt, kan forsvareren velge å prosedere på frifinnelse til tross for klientens skylderkjennelse. Ut fra en etisk vurdering må forsvareren ha plikt til å forhindre at en uskyldig klient blir dømt.

6.8 Forsvarerens godtgjørelse og arbeidets omfang

Når siktede får oppnevnt forsvarer, skal han etter strpl. § 107 betales av det offentlige. I stykkprisforskriften (Forskrift 12.12.2005 nr. 1442) er det fastsatt bestemte satser som begrenser en forsvarers godtgjørelse, såkalte stykkpriser. Satsene er beregnet ut i fra en vurdering av hva forsvareren normalt bruker av tid på de forskjellige typer av oppdrag. Det kan være at et oppdrag medfører mer arbeid en vanlig fordi siktede er i en situasjon hvor han trenger ekstra bistand. Hvis siktede sitter i varetekt med brev- og besøksforbud har han ikke andre utenforstående å holde seg til enn forsvareren. Etter ERL pkt. 2.5 annet ledd

skal forsvareren ha personlig kontakt med klienter som sitter i fengsel, og spesielt når fengslingen er ekstra tyngende. Forsvareren har således en plikt til å følge opp klienten.

Men hans plikt til bistand gjelder ikke på alle områder. Enkelte arbeidsoppgaver av mer sosial karakter både bør og må forsvareren overlate til andre. Det gjelder for eksempel psykisk nedbrutte pasienter, hvor forsvareren må henvise til psykiatrisk kyndig personell. En slik henvisning kan det også være hans plikt å besørge. Videre er det hans plikt å ta kontakt med fengslet og sørge for at spesielle behov blir ivaretatt, for eksempel nødvendig medisiner. Også friomsorgen må han vurdere å kontakte hvis klienten har behov for spesiell sosial og økonomisk bistand. Det er viktig at klienten samtykker i at forsvareren gjør disse henvendelsene, ikke minst fordi taushetsbelagte opplysninger må formidles videre.

Når det gjelder omfanget av forsvarerens arbeid, kan det også være at saken krever mer forberedelse før hovedforhandlingen enn vanlig på grunn av kompliserte faktiske eller juridiske spørsmål som forsvareren må sette seg inn i. ERL pkt. 4.1 bestemmer at forsvareren skal møte grundig forberedt i retten. Det innebærer at han er forpliktet til å bruke den tid på saken som kreves av hensyn til en forsvarlig forberedelse.

Etter de etiske regler er forsvareren i disse tilfelle forpliktet til å utføre arbeid uten betaling ut over det som dekkes av stykkprissatsen fordi det er påkrevet av hensyn til siktede og saken. Hvor langt går plikten til å arbeide vederlagsfritt i disse og lignende tilfelle?

Forsvarerens første plikt er å fremme rett og hindre urett. Etter min vurdering må forsvareren være forpliktet til å arbeide uten godtgjørelse i den utstrekning det er nødvendig for å oppfylle de minstekrav som kan stilles til hans utførelse av arbeidet.

Ved vurderingen av spørsmålet må det også tas hensyn til at forsvareren driver en næring som medfører utgifter og som han og eventuelt familien lever av. Hvis han har mange straffesaker, vil ekstraarbeid kunne dekkes inn fordi andre saker krever mindre arbeid en

stykkprissatsen. Som oftest vil det jevne seg ut hvis forsvareren har en viss mengde straffesaker, men det vil ikke alltid være tilfelle. Men det er klart en grense for hvor mye en forsvarer kan arbeide uten betaling. Han kan ikke være forpliktet til å gå så langt at det reduserer hans normale inntektsnivå.

Siktede har ikke krav på oppnevnt forsvarer i alle tilfelle, blant annet faller oppnevnelsen bort når pågrepelse eller varetektsfengsel opphører, med mindre særlige grunner taler for fortsatt oppnevning. I de fleste tilfelle har siktede så svak økonomi at han ikke har muligheter for å betale forsvareren. Hvis det foretas avhør hvor forsvareren av etiske grunner bør være tilstede, må han gjøre det uten godtgjørelse. Etter påtaleinstruksens § 8-4 har forsvareren anledning til å være tilstede under avhør hvis mistenkte eller siktede ber om det.

Forsvareren må først vurdere om siktede er så ressurssvak eller er i en slik psykisk tilstand at han har behov for å ha forsvareren tilstede. Da kan det også være en fordel for siktetes sak at forsvareren er tilstede og kan gi bistand. Dessuten må han ta hensyn til hvor alvorlig det straffbare forholdet er. Også andre hensyn må tas i betraktning. En taktisk vurdering i forhold til saken kan tilsi at forsvareren ikke skal møte. Hvis han stiller opp, kan han bidra til å ”låse fast ” politiforklaringen. Har han vært tilstede under avhøret er det vanskeligere å påstå i retten at forklaringen ikke er riktig eller helt ut dekkende, selv om det kommer frem opplysninger i ettertid som kan gi grunnlag for en slik anførsel. Det er grunn til å tro at aktor vil kunne gjøre innsigelser i et slikt tilfelle. Føler forsvareren at han ikke har full oversikt over saken, kan det være en grunn til ikke å møte. En forutsetning for å gi forsvarlig bistand under avhøret er at han kjenner saken.

De hensynene som foreligger må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Hvis siktede har et klart behov for at forsvareren møter og det ikke skader hans sak, mener jeg at forsvareren må sette hensynet til sin egen inntekt tilside.

Det er uheldig av hensyn til rettssikkerheten at forsvarerne av etiske grunner i enkelte tilfelle må påta seg arbeid uten betaling. Det offentlige burde betalt forsvareren for arbeid også i disse tilfellene. Advokatforeningen har tatt opp spørsmålet flere ganger, men det har vist seg vanskelig å få myndighetene til å akseptere endringer i regelverket.

6.9 Avslutning av forsvareroppgdraget

Forsvarerens plikt til å fullføre det oppdraget han har påtatt seg gjelder ikke uten unntak. Dette fremgår av RGA 3.1.6 og ERL punkt 6.

RGA 3.1.6 første ledd, første alternativ, bestemmer at advokaten kan trekke seg fra oppdraget hvis han har fått ”feilaktige eller ufullstendige opplysninger”. En slik situasjon er velkjent for en forsvarer. Klienten hevder som oftest at han ikke har gjort det som tiltalen beskriver. Under sakens gang kan forsvareren oppleve at klienten flere ganger kommer med uriktige opplysninger. Dette er noe forsvareren som regel må leve med.

Etter RGA punkt 3.1.6 første ledd, andre alternativ kan oppdraget frases når ”klienten ikke vil følge advokatens råd i saken”. En forsvarer vil i sin samtale med klienten gi råd og vurderinger med hensyn til saken. Om klienten velger å fastholde en håpløs forklaring om at han er uskyldig, ligger det i rollen som forsvarer å akseptere en slik situasjon.

RGA punkt 3.1.6 første ledd, sjette alternativ, har bestemmelser om at advokaten kan trekke seg fra oppdraget når ”det inntreffer slike omstendigheter at det ikke rimeligvis kan forlanges at advokaten fortsetter oppdraget”. Bestemmelsen dekker flere forhold. En klar situasjon kan være at klienten kommer med trusler overfor forsvareren. Er truslene reelle, kan det ikke være tvil om forsvareren kan trekke seg fra oppdraget.

En annen situasjon, som i juridisk teori kalles ”det klassiske problem,”¹⁸ er når klienten tilstår overfor forsvareren og samtidig ber han om å prosedere på uskyld. Etter ERL punkt

¹⁸ T. Langback, Forsvareren, 1996, side 37.

6.1 andre ledd kan forsvareren i et slikt tilfelle trekke seg fra oppdraget hvis det skje uten å skade klientens interesser.

Å prosedere på uskyld når forsvareren vet at tiltalte er skyldig, kan i utgangspunktet virke uetisk. Slik jeg ser det, er det ikke sikkert at det ”klassiske problem” bør være et etisk problem for forsvareren. Enhver forsvarer vet at han kan komme opp i situasjoner der klienten benytter seg av sin rett til ikke å forklare seg. Forsvareren vet også at klienten heller ikke har plikt til å forklare seg sant. Derfor bør det ikke være noen overraskelse for forsvareren om det skulle komme en betroelse fra klienten om at han er skyldig. Tilståelsen omfattes av forsvarerens taushetsplikt. En forsvarer som ikke sier sannheten lyver ikke. Forsvareren er ikke et vitne, men skal ivareta sin klients interesser på beste måte.

Dessuten må forsvareren også ta hensyn til at hvis han trekker seg, er det grunn til å regne med at den nye forsvareren vil komme i samme situasjon. Problemet blir derfor ikke løst ved at han sier fra seg oppdraget

7 Forsvarerens taushetsplikt

7.1 Generelt om forsvarerens taushetsplikt og hensynet bak den

I straffesaker har taushetsplikten vesentlig betydning fordi forsvarerens viktigste opplysningskilde er klienten selv. Tillitsforholdet mellom forsvarer og klient er basert på at klienten fritt kan gi opplysninger til forsvareren og samtidig være trygg på at det han forteller ikke går videre uten hans viten og samtykke.

Forsvarerens taushetsplikt fremmer både strafferettspleien og klientens interesser. Derfor er den yrkesmessige taushetsplikten særskilt beskyttet fra lovgivers side.

Forsvarerens taushetsplikt står i samme stilling den taushetsplikt en advokat generelt er pålagt i sin yrkesutøvelse. Den gjelder alle typer saksforhold, enten det dreier seg om sivile tvister mellom to private parter eller mellom en privat part og det offentlige. Temaet i denne oppgaven er ikke advokaters taushetsplikt generelt. Taushetsplikten i sivile saker vil derfor bli holdt utenfor.

I enkelte situasjoner blir forsvareren pålagt taushetsplikt overfor klienten. Det gjelder særlig taushetsbelagte opplysninger fra påtalemyndigheten. Selv i disse tilfellene kan taushetsplikten være til fordel både for klienten og påtalemyndigheten. Domsstolen kan være sikker på at klienten har uttalt seg på fritt grunnlag når han eksempelvis ikke kjenner til andre medskyldiges eller fornærmedes forklaringer. I slike tilfelle kan forsvareren komme i en vanskelig situasjon fordi han både er kjent med opplysninger fra klienten og taushetsbelagte opplysninger fra påtalemyndigheten.

Taushetsplikten har dessuten en videre, etisk begrunnelse. En forsvarer skal ikke kunne benytte seg av opplysningene fra klient verken til egen fordel i økonomiske sammenhenger, til markedsføring av egen person eller i sosiale sammenhenger.

Å misbruke betrodde opplysninger er uansett et alvorlig tillitsbrudd overfor klienten, og vil kunne bidra til å sette hele advokatstanden i et dårlig lys. Selv om brudd på taushetsplikten medfører straff, er oppdagelsesrisikoen er svært liten. Derfor er det viktig at forsvareren har en klar og godt forankret etiske holdning til spørsmålet om taushetsplikt.

7.2 Forsvarerens taushetsplikt – overfor hvem?

En forsvarer har taushetsplikt når det gjelder opplysninger fra sin klient. Videre har han også kunne ha taushetsplikt i forbindelse med opplysninger som han får fra påtalemyndigheten. Taushetsplikten er generell. Forsvareren må opprettholde taushetsplikten i alle sammenhenger utad, overfor kolleger, pressen, venner og familie. Forsvarerens etiske problemer i disse sammenhenger vil bli behandlet nedenfor.

7.3 De enkelte rettsregler som regulerer forsvarerens taushetsplikt

7.3.1 Grl. § 110 c

Grunnlovens § 110c fastslår de høyeste statsmakters plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene.

7.3.2 EMK

Lovens § 2 har bestemmelser om at EMK ”skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge.” Taushetsplikten for advokater er ikke spesifikt nevnt i EMK. Den er allikevel å anse som forankret i menneskerettighetene.

EMK artikkel 6(3)(c) fastslår at siktede har rett til forsvarer. Artikkel 6 har retten til rettferdig rettergang som sin overordnede bestemmelse. En av minsterettighetene er at siktede skal få tid til ”å forberede sitt forsvar”, jf. 3(b). Han er da avhengig av et fortrolig og tett samarbeid med sin forsvarer både før og under saken. Om forsvareren på eget initiativ kunne gå ut med fortrolig informasjon eller påtalemyndigheten kunne kreve at forsvareren vitnet mot siktede, ville kravet om forsvarer bli temmelig innholdsløst.¹⁹

7.3.3 Strl. § 144

Hovedbestemmelsen i norsk lovgivning om en forsvarers taushetsplikt er straffelovens § 144. Strpl. § 119 gir et nyttig supplement ved tolkningen av denne paragrafen. Dessuten finnes det flere andre bestemmelser i straffeprosessloven, tvistemålsloven og i spesiallovgivningen som regulerer taushetsplikten.

Nedenfor vil de sentrale reglene som regulerer forsvarerens taushetsplikt bli gjennomgått nærmere.

¹⁹ K. Svalheim 1996. Advokatens taushetsplikt s. 3.

Strl. § 144 er en bestemmelse om taushetsplikt for flere ulike typer yrker.

Samtidig er det hovedbestemmelsen om taushetsplikt for advokater og forsvarere i straffesaker.

Brudd på taushetsplikten er belagt med straff. Advokater ”som rettsstridig åpenbarer hemmeligheter, som er dem betrodd i stillings medfør, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder.”²⁰

Ved en å ha fastsatt en strafferamme på 6 måneders fengsel, har lovgiver lagt stor vekt på viktigheten av at taushetsplikten blir overholdt. Bestemmelsen er plassert i lovens kap. 13, som omhandler forbrytelser mot den alminnelige orden og fred.

Plasseringen tilsier at taushetsplikten er tillagt stor samfunnsmessig betydning, noe som også fremgår av bestemmelsens andre ledd. Påtalemyndigheten gis her anledning til å reise straffesak mot en advokat uten fornærmedes begjæring, ”hvor det kreves allmenne hensyn”.²¹

I tillegg til å kunne bli idømt bøter eller fengsel for brudd på strl. § 144, kan en advokat bli fradømt retten til å drive som advokatvirksomhet etter strl. § 29.

7.3.3.1 Hvilke yrkesgrupper taushetsplikten omfatter

Advokater og forsvarere i straffesaker har taushetsplikt etter strl. § 144.

For å gå inn under denne yrkesgruppen, må man ha advokatbevilling. Vilkårene for bevillingen er fastsatt i dl. § 220. Tar en privatperson et typisk advokatoppdrag, som å skrive et testament for en gammel tante, foreligger ikke taushetsplikt etter strl. § 144.

²⁰ Straffeloven § 144.

²¹ K. Svalheim, Advokaters taushetsplikt, 1996, s. 9.

En advokatfullmektig uten advokatbevilling er ikke advokat etter strl. § 144 eller andre bestemmelser i spesiallovgivningen. Advokatfullmektigers taushetsplikt er derfor å avhengig av at de er å anse som en advokats hjelper eller medhjelper etter strl. § 144 første ledd.²² D1 § 223 inneholder bestemmelser om autorisasjon av fullmektiger.

7.3.3.2 Hvem er beskyttet?

Hvem er beskyttet av en forsvarers taushetsplikt etter strl. § 144? Et grunnleggende vilkår for taushetsplikt er at noen har krav på hemmeligholdelse av informasjon som er betrodd advokaten. Strl. § 144 sier ikke noe konkret om hvem dette er, men ”betrodd i stillings medfør” gir allikevel en henvisning til at det er informasjon han har fått i jobbsammenheng som ikke skal åpenbares videre. Videre at ikke enhver henvendelse til forsvarer gir krav om taushetsplikt.

7.3.3.3 Handlingen

Den straffbare handling består i ”rettstridig å åpenbare hemmeligheter som er betrodd de ovennevnte personer i ”stillings medfør”

7.3.3.4 Hvilke opplysninger som omfattes av taushetsplikten

Strl. § 144 bruker ordet ”hemmeligheter”. Det stilles ikke krav om at hemmelighetene må være opplysninger som angår klienten. Taushetsplikten kan også omfatte opplysninger klienten gir om andre. Det er klienten, og ikke den opplysningene angår, som har krav på hemmelighold.

Forsvareren kan få opplysninger om klientens forhold som flere har kjennskap til. Forholdet mister ikke karakteren av å være en ”hemmelighet” av den grunn. Er forholdet derimot allment kjent, er det ikke å anse som en ”hemmelighet”.

²² K. Svalheim, Advokaters taushetsplikt, 1996,s. 42.

Grensene for hva som er allment kjent kan være vanskelige å trekke. Selv om klienten gjengir rykter om et forhold, er også disse uttalelsene å betrakte som en hemmelighet. Allment kjente opplysninger som klienten gjengir i tillegg til andre opplysninger, må betraktes som taushetsbelagt informasjon.

Hvorvidt taushetsplikten bare skal omfatte personlige forhold har vært diskutert i juridisk teori. Ordlyden i straffebudet trekker ingen slik grense. DL § 218 inneholder bestemmelser om vilkårene for å utøve rettshjelpsvirksomhet. Tredje ledd omhandler taushetsplikten. Den skal omfatte ”personlige forhold eller drifts- og forretningsforhold”. Advokater og forsvareres taushetsplikt bør omfatte det samme som andre rettshjelperes taushetsplikt.

Om forsvareren også har taushetsplikt med hensyn til hvem som er hans klienter, er behandlet under avsnitt 7.3.4.

7.3.3.5 Betrodd i stillings medfør

Etter ordlyden i strl. § 144 må hemmeligheten være ”betrodd” i ”stillings medfør”. Enhver meddelelse fra en klient må ansees som ”betrodd”. Har klienten meddelt opplysningen på bakgrunn av tillitsforholdet til advokaten, må det være tilstrekkelig for at det skal være ansett som betrodd. Det kan ikke i tillegg kreves at klienten skal ytre ønske eller instruere forsvareren om taushetsplikten. Lous²³ mener at betroelser ikke bare omfatter det forsvareren direkte får meddelt, men også det han indirekte får kjennskap om. Videre mener han at taushetsplikten også må omfatte de opplysninger klienten gir, men som han ikke skjønner betydningen av.

Svalheim²⁴ støtter denne rettsoppfatning i betraktning av at taushetsplikten er satt til å beskytte tillitsforholdet mellom advokat og klient.. De opplysninger en forsvarer slutter seg

²³ Lous. Sakførerens taushetsplikt, 1960, s. 40.

²⁴ K. Svalheim, 1996, s. 113.

frem til på egen hånd bør også anses som betrodde. Begrunnelsen må være at det er opplysningene fra klienten som gir forsvareren grunnlaget for å trekke slutningene

Etter ordlyden i strl. § 144 vil en forsvarers egne observasjoner falle utenfor betroelsesbegrepet. Allikevel er hensynet bak bestemmelsen om tillitsforholdet mellom advokat og klient tungveiende. Hva hvis en forsvarer i møte med en siktet før et politiavhør ser at han har medisiner som indikerer en alvorlig sykdom, og den siktede ikke vil snakke om det, er ikke den informasjonen betrodde forsvareren. RGA punkt 2.3.2. annet ledd sier at ”opplysninger advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat, må behandles fortrolig også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt. Derfor bør forsvareren forholde seg til slike observasjoner på samme måte som taushetsbelagt informasjon.

Skoghøy har gitt en uttalelse som gjelder den tilsvarende bestemmelsen i tvml. § 205²⁵:

”Som opplysninger som er ”betrodd” en lege, en prest, en advokat m.v., kan ikke bare ansees det som er blitt fortalt for vedkommende, men også det som fremgår av overleverte eller innhentede dokumenter, av det at vedkommende yrkesutøver er blitt kontaktet, og av situasjonen for øvrig. Dette må blant annet innebære at taushetsplikten også må omfatte om yrkesutøveren har hatt en bestemt person som pasient eller klient. Også opplysninger som yrkesutøveren i anledning oppdraget har innhentet fra tredjemann, må omfattes av taushetsplikten.”

Høyesterett har i en kjennelse i Rt. 2006 side 1071 uttalt at dette er en riktig betraktningssmåte også i forhold til strpl. § 119. Avgjørelsen omtales i punktet nedenfor.

²⁵ J.E. Skoghøy, Tvistemål, 2001, side 572

7.3.4 Strpl. § 119

Når det foreligger en grunn til fritakelse for vitneplikt, beror det på vitnet selv om det vil gi forklaring, jf. strpl. § 122 som gjelder vitneplikt for ektefelle og slektninger. Loven har i midlertidig også regler som forbyr retten å ta imot vitnesbyrd selv om vitnet er villig til å forklare seg. Det kan være motstående interesser av forskjellig art som lovgiveren har funnet bør gå foran hensynet til sakens opplysning²⁶

I strpl. § 119 heter det at retten ikke må ta imot forklaring fra blant annet advokater eller forsvarere i straffesaker om noe som er betrodd dem i deres stilling uten samtykke fra den som har krav på hemmelighold. Dette er en regel om vitneforbud og regulerer forholdet mellom taushetsplikt og opplysningsplikt. Hovedregelen er at taushetsplikten skal gå foran vitneplikten.

Strpl. § 119 bruker ”noe som er betrodd” i stedet for ”hemmeligheter” som i strl. § 144. Svalheim²⁷ konkluderer med at strl. § 144 og strpl. § 119 omfatter de samme opplysninger. Hva gjelder innholdet i denne delen av bestemmelsen viser jeg til drøftelsen ovenfor under avsnittet ”Hvilke opplysninger som omfattes av taushetsplikten.”

Strpl § 119 andre ledd slår fast at også underordnede og medhjelpere har vitneforbud om opplysninger som er kommet dem til kunnskap i ”stillings medfør”

Høyesterett har i en kjennelse i Rt 2006 s 1071 tatt stilling til rekkevidden av vitneforbudet i strpl. § 119 for en privatetterforsker i anledning opplysninger han hadde innhentet etter oppdrag fra en forsvarer i en drapssak. I kjennelsen blir begrepet ”betrodd” drøftet, og Høyesterett sier i avsnitt 22 at det som er betrodd ”blir dermed det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten.”

²⁶ J. Andenæs, Straffeprosess Bind 1, 2000, side 238.

²⁷ K. Svalheim, Advokaters taushetsplikt, 1996, side 101.

Videre drøftet Høyesterett fortolkningen av strpl. § 119, 2. ledd om taushetsplikt for underordnede og medhjelpere. En privatetterforsker var ikke ansatt hos advokaten, men opptrådte som en selvstendig oppdragsmottaker. Høyesterett mente at strpl. § 119 annet ledd ikke skal tas bokstavelig. Konklusjon står i kjennelsens avsnitt 28: ”Hensynet bak bestemmelsen tilsier at opplysninger medhjelperen får kunnskap om i egenskap av medhjelper, og som er ment å være tilgjengelig for prinsipalen som ledd i dennes oppdrag for klienten, i realiteten ses som en betroelse gitt direkte til prinsipalen”.

Det er ikke slik at alle betroelser omfattes av taushetsplikten. Det ligger en begrensning i uttrykket ”i deres stilling”. Heller ikke all yrkesmessig virksomhet går inn under vedkommendes stilling som advokat. Advokatens vitneforbud begrenser seg til det som gjelder advokatvirksomheten. Driver advokaten eiendomsmegling eller formuesbestyrelse regnes det ikke som en del av advokatvirksomheten. Det samme gjelder de opplysninger advokaten får som oppnevnt konkursbobestyrer om debitor og boets virksomhet.²⁸

At det består et klientforhold omfattes ikke uten videre av taushetsplikten. I Høyesteretts kjennelse i Rt 1999 s 911 konkluderte flertallet (3-2) med at det ikke er naturlig å anse et klientforhold som noe som er ”betrodd” advokaten i han stilling og omfattet av vitneforbudet i strpl. § 119. Forbudet inntreffer først når det er en konkret mulighet for at noe kan sies å være betrodd advokaten blir røpet.

Mindretallet mener det avgjørende er om advokaten har taushetsplikt om hva klientforholdet gjelder og at bevisforbudet er begrenset til den ”egentlige advokatvirksomhet”, som juridisk rådgivning og bistand. Dersom man kommer til at innholdet av klientforholdet er underlagt taushetsplikt, ”må advokaten også ha plikt til å nekte å opplyse om eksistensen av klientforholdet.” Mindretallet peker på at klienten kan komme opp i ubehagelige situasjoner hvis klientforholdet blir opplyst, for eksempel ved spørsmål fra familien om hva saken gjelder. Det kan også oppstå spekulasjoner om hva

²⁸ J. Andenæs. Straffeprosessbind I, 2000, side 239

saken angår. Videre sier mindretallet at ”etter mitt syn har advokatens taushetsplikt også til formål å beskytte klienten mot å komme opp i situasjoner hvor han kan bli presset til selv å opplyse om hva klientforholdet gjelder.”

Jeg er enig med mindretallet. Av hensyn til tillitsforholdet mellom forsvarer og klient bør det være vide grenser for hva som omfattes av taushetsplikten. At forsvarere har taushetsplikt er kjent blant de fleste. Derfor har en klient grunn til å forvente fullstendig taushetsplikt både om klientforholdet og alt han måtte betro seg om. Klientens ønske om at ikke noe ved ham eller hans sak skal gjøres kjent, er nok til å anse det som noe som er betrodd advokaten etter strpl. § 119.

7.3.5 RGA

RGA punkt 2.3. inneholder bestemmelser om taushetsplikt og plikt til fortrolighet. og stadfester betydningen av advokatens taushets- og fortrolighetsplikt.²⁹ Bestemmelsen skiller mellom den lovbestemte taushetsplikten og fortrolighetsplikten. Fortrolighetsplikten går lenger enn taushetsplikten og gjelder opplysninger som ikke er omfattet av den lovbestemte taushetsplikten, jf punkt 2.3.2 andre ledd.³⁰

Dette kan være ”sideopplysninger” som ikke gjelder saken, men som gis av klienten. Eksempelvis kan det være personlige opplysninger vedrørende klientens familie. Opplysninger som er offentlig kjent, omfattes ikke av fortrolighetsplikten

Bryter en forsvarer taushetsplikten, bryter han også reglene for god advokatskikk. Dette kan innebære disiplinærsanksjoner som beskrevet under pkt. 3 ovenfor.

Videre fremgår det under straffeprosessloven kap. 18 om etterforskning at påtalemyndigheten kan begjære et vitne til å forklare seg anonymt. Forsvareren vil ha

²⁹ H. I. Haraldsen, Regler for god advokatskikk med kommentarer, 2005, side 48

³⁰ H. I. Haraldsen, Regler for god advokatskikk med kommentarer, 2005, side 49

taushetsplikt overfor sin klient hvis han skulle få rede på vitnets identitet. Dette prinsipp er også slått fast under kap. 22 i straffeprosessloven om hovedforhandling under tingrett i § 284.

7.3.6 ERL

ERL inneholder flere bestemmelser som berører taushetsplikten. Jeg vil kort nevne enkelte punkter. I ERL punkt 2.3 står det at forsvareren utad lojalt skal "tilkjennegi samme standpunkt til faktum som klienten gjør". Dette innebærer en klar taushetsplikt for opplysninger som klienten kommer med, men som ikke samsvarer med det standpunkt klienten inntar utad.

Videre inneholder ERL punkt 5.1 regler om at klientens samtykke bør innhentes før forsvareren uttaler seg i saken. Forsvareren skal respektere et ønske fra klienten om ikke å bidra til medieomtale. Punkt 5.3 bestemmer at forsvareren, også når klientens samtykke foreligger, skal behandle informasjon om etterforskning og sakens dokumenter med forsiktighet.

7.4 Problemsituasjoner

Som nevnt, vil etiske problemer ofte oppstå i situasjoner hvor verken de alminnelige rettskildene eller de etiske reglene gir tilstrekkelig veiledning. Bestemmelsene om taushetsplikt finnes i forskjellige rettskilder. De kan være vanskelige å finne frem i, og dekker ikke alle etiske konfliktsituasjoner. Nedenfor vil jeg nevne to problemstillinger.

For det første kan situasjonen være at rettskildene gir en løsning som etter forsvarerens oppfatning ikke er tilfredsstillende, etisk sett. Da har forsvareren ingen annen mulighet enn å påpeke manglene og foreslå endringer i reglene ved henvendelse til Advokatforeningen og eventuelt til offentligheten. I den enkelte sak kan han lite gjøre lite og må forholde seg til den løsning reglene gir.

Dernest kan forsvareren komme i en situasjon hvor de vanlige rettskildene gir en viss veiledning, men uten at de fullt ut dekker den situasjonen som er oppstått. De to eksemplene som er beskrevet nedenfor kan illustrere problemet:

Klienten har overfor forsvareren gitt beskjed om at han ønsker å fremlegge et bevis, f.eks. et fotoalbum. Forsvareren antar at det vil ha avgjørende betydning i forbindelse med straffesaken. Underveis stiller forsvareren seg kritisk til beviset. Etter at forsvareren har foretatt nærmere undersøkelser, blir det klarlagt at fotoalbumet er forfalsket og laget av klienten i ettertid. Hva skal forsvareren gjøre i en slik situasjon? Beviset er allerede bebudet fremlagt for påtalemyndigheten. Klienten innrømmer at beviset er forfalsket. Forsvareren er bundet av taushetsplikten. Han kan råde klienten til å si at beviset er forfalsket, men hvis klienten avslår er forsvareren bundet.

Hva sier så rettskildene? Forsvareren har taushetsplikt. Under hovedforhandlingen må forsvareren opplyse at dokumentbeviset ikke vil bli lagt frem, men uten å kunne redegjøre for årsaken. Han må overlate til klienten å gi en nærmere begrunnelse i sin forklaring. Klienten har anledning til å unnlate å svare på dette spørsmålet, eller avgi en falsk forklaring. Forsvareren har ikke anledning til å klientens handlemåte og må forholde seg passiv.

Påtalemyndigheten kan få dokumentet fremlagt ved først å gå til beslag med hjemmel i strpl. § 203. Hvis denne muligheten ikke benyttes må retten ta sin avgjørelse uten å kjenne beviset, og må forholde seg til en eventuell forklaring fra klienten om forholdet. Blir klienten frifunnet, har forsvareren i beste fall en mistanke om at frifinnelsen baserer seg på feil grunnlag. Dette er en situasjon forsvareren må leve med, men den er ikke tilfredsstillende, etisk sett.

Hvis beviset var blitt fremlagt og forfalskningen avdekket, ville det medføre at tiltaltes troverdighet ville blitt vesentlig svekket, med den følge at han sannsynligvis ville bli dømt.

En annen situasjon som kan oppstå er at forsvareren vet at klienten er farlig og både kan skade seg selv og andre mennesker. Klienten holder seg skjult. Han tar kontakt med forsvareren og forteller hvor han befinner seg og forsvareren får opplysningene mot at han forholder seg taus. Forsvareren har valget mellom å forholde seg passiv og håpe på det beste, eller å bryte taushetsplikten på eget initiativ og gi opplysningene til politiet.

Forsvareren kan vurdere om bestemmelsen om nødrett i straffelovens § 47 eventuelt kan gi hjemmel for å bryte taushetsplikten, men en slik løsning er ikke tilfredsstillende. Dersom forsvareren bryter taushetsplikten vil han kunne risikere at all tiltro fra klientens side er brutt.

Samtidig kan han også risikere å få et straffeansvar etter straffelovens § 144. Dersom han ikke bryter taushetsplikten vil han kunne føle et moralsk ansvar for eventuelle følger. En slik situasjon setter forsvareren i en nærmest umulig situasjon, etisk sett.

7.5 Vurderinger og forslag til nye regler.

De gjeldende regler om forsvarerens taushetsplikt regulerer i for liten grad de etiske problemer forsvareren kan komme opp i. Reglene er lite oversiktelige og vanskelige å finne frem i. Reglene burde vært samlet og vært mer utfyllende. Det er først og fremst lovgivers ansvar å utarbeide et mer fullstendig regelverk.

I NOU 2002: 4 Ny straffelov, foreslår straffelovkommisjonen i kapittel 10.2 at strl. § 144 ikke skal videreføres i den nye straffeloven. Taushetsplikten skal reguleres i særlovgivningen. Dette kan ha den fordel at reglene blir mer presist tilknyttet situasjonen i den enkelte sak. På den annen side blir det vanskeligere å få oversikt over reglene. Hvis endringen gjennomføres, må det foretas en omfattende gjennomgang av de enkelte særlover med utforming av nye bestemmelser. Faren ved en slik retts teknisk fremgangsmåte, er at reglene ikke blir tilstrekkelig gjennomarbeidet og dekkende. I så fall vil forsvareren stå i en vanskeligere situasjon enn før fordi han ikke har en generell bestemmelse til veiledning.

Advokatbladet tar i nr. 3-2007 opp flere etiske spørsmål. Taushetsplikten er omtalt på side 24 – 25. Her tas det blant annet tatt opp om forsvareren kan diskutere etiske problemer med kolleger på samme kontor. Ofte vil en forsvarer ha behov for å diskutere saken med andre forsvarere ved sitt kontor. Gjelder taushetsplikten også gjelder overfor kollegene?

Advokatforeningens formann, Anders Stray Ryssdal, mener at taushetsplikten ikke kan forstås slik at forsvareren er avskåret fra å diskutere problemene med kollegene. De er alle undergitt den samme taushetsplikt, og klienten kan være tjent med at forsvareren samarbeider med kollegene. Unntak kan tenkes hvor påtalemyndigheten gir forsvareren tilgang til taushetsbelagt materiale, eller hvor klienten uttrykkelig pålegger taushetsplikt.

Hvis to tiltalte har hver sin forsvarer ved samme advokatkontor kan det være en fordel fordi forsvarerne har anledning til å samordne sin strategi. Imidlertid kan taushetsplikten gjøre situasjonen vanskelig, både overfor klientene og påtalemyndigheten. Selv om klientene samtykker, kan det være vanskelig for forsvareren å trekke grensene for hvor langt fritakelsen skal gå.

8 Interessekonflikter

Hovedregelen om interessekonflikt eller interessemotstrid står i RGA punkt 3.2.1.

Bestemmelsen fastslår at ”en advokat ikke skal påta seg oppdrag hvis det som følge av oppdraget oppstår risiko for brudd på advokatens lojalitet og fortrolighet overfor klientene eller brudd på advokatens plikt til uavhengighet”. Dette er en ”føre var”-bestemmelse. Den hører sammen med og er en følge av punkt 2.1, 2.2 og 2.3 om uavhengighet, tillitsforhold og fortrolighet.³¹

³¹ H.I. Haraldsen, Regler for god advokatskikk med kommentarer, 2005, side

Bestemmelsene i RGA suppleres av punkt 1.7 i ERL, som er utformet med sikte på de situasjoner som kan oppstå i straffesaker.

Reglene om interessemotstrid er en innskrenking i advokatens rett til å påta seg et forsvareroppgave. Før advokaten påtar seg oppdraget, skal han å vurdere om det kan oppstå motstrid i forhold til andre klienter som han selv har, eller i forhold til klienter hos andre advokater ved samme kontor. Det er tilstrekkelig at det foreligger en risiko for konflikt, den må ikke allerede være tilstede for at advokaten må frasi seg oppdraget. Klientens oppfatning av forholdet er ikke avgjørende. Det er advokaten som har erfaring og innsikt i disse situasjonene. Klienten kan heller ikke gjøres kjent med taushetsbelagte opplysninger som kan være avgjørende for advokatens beslutning.

Spørsmålet om motstrid aktualiseres også i straffesaker med mange tiltalte og mange forsvarere. En slik situasjon oppsto i Orderud-saken, hvor det ble oppnevnt to forsvarere fra samme kontor for forskjellige tiltalte. Jeg viser til avsnitt 3.2 på side 8 hvor det er redegjort for kjennelsen i Rt. 2001 side 536 og disiplinærutvalgets sak ADA – 2001 – 88. Konklusjonen er at de etiske regler stiller strengere krav til advokaten enn det som følger av straffeprosesslovens regler.

Jeg er enig i at det må stilles strenge krav til forsvarsadvokatens avgjørelse i spørsmål om motstrid. Advokaten må legge inn en god sikkerhetsmargin i sine vurderinger fordi det ikke alltid er lett å forutsi hvorledes saken vil utvikle seg. Selv om det bare er en viss risiko for motstrid bør advokatens legge avgjørende vekt på hensynet til sin anseelse og integritet og se bort fra at han mister et oppdrag.

9 Identifikasjon

RGA punkt 1.2 tredje ledd bestemmer at en advokat ikke bør identifisere seg med sin klient, og at han har krav på ikke å bli identifisert med de standpunkter han forfekter for sin klient og de interesser klienten har. ERL punkt 2.2 slår fast at en forsvarer ikke skal identifisere seg med sin klient. Videre er bestemmelsen tilnærmet lik RGA punkt 1.2 tredje ledd.

For å unngå å identifisere seg med klienten er det alltid viktig for en forsvarer å være bevisst på eget ståsted, væremåte og verdier. Forsvareren må tydeliggjøre sin egen uavhengighet ved å gi objektive råd, men må samtidig vise respekt og forståelse for klienten og hans problemer.

Gjennom om et langvarig samarbeid om rettssaker kan menneskelige relasjoner utvikles mellom forsvarer og klient til en type identifikasjon kalt intimisering. Det innebærer at forsvarerens forhold til klienten blir mer privat. Klienten i en straffesak kan være i en sårbar og vanskelig situasjon, med behov for omsorg og nærhet. Som forsvarer kan man lett få medfølelse for klienten, noe som i utgangspunktet er positivt, samtidig er faren tilstede for at det kan oppstå et følelsesmessig eller seksuelt forhold mellom forsvarer og klient. Å ha et seksuelt forhold til den personen man er forsvarer for er åpenbart uetisk.³² Hvis varme følelser oppstår, bør forsvareren vurdere alvorlig å overlate oppdraget til en annen. Det å ha et forhold til klienten som går ut over selve saken kan riktignok være viktig for at klienten skal få den nødvendige tillit til forsvareren. Grensene er ikke lette å trekke, men forsvareren må alltid være problemstillingen bevisst.

Både forsvarer og klient er tjent med at dette ikke skjer. Forsvareren skal ikke være klientens venn eller kamerat, men utføre oppdraget på en profesjonell måte. For å unngå intimisering, er det viktig at forsvareren holder den nødvendige avstand til klienten.

³² T. Langbach, *Forsvareren*, 1996, s. 52

Advokatens kan ved opptreden i og uttalelser til media risikere å komme i en situasjon hvor han blir identifisert med klienten. Det er i stor grad opp til forsvareren selv å unngå en slik situasjon. I en stor straffesak er det naturlig å ha et følelsesmessig engasjement i forhold til saken. I møte med media er det alltid viktig å opptre saklig og behersket. Uttalelsene bør være moderate. Forsvareren bør presisere sin rolle som talsmann og rådgiver, og samtidig være tydelig på hva som er klientens standpunkt. En forsvarer skal aldri gå god for sin klients forklaring. Det kan lett føre til at han blir identifisert med klienten.

Forsvarerens opptreden i media er regulert i ERL punkt 5. I bestemmelsen trekkes det opp en etisk grense som burde gi tilstrekkelig veiledning for forsvarerens skjønn, både når det gjelder å unngå identifikasjon med klienten og for å ivareta klientens interesser. Det er viktig at forsvareren i forhold til hver enkelt sak vurderer hvorledes han skal forholde seg til media.

Forsvareren bør som hovedregel innhente samtykke fra klienten før han uttaler seg om saken og skal ikke bidra til omtale i media om klienten ikke ønsker det. Ved offentlig omtale av saken skal forsvareren alltid ha klientens interesser for øye. Dokumenter og annen informasjon fra saken skal behandles med forsiktighet. Forsvareren bør i sine uttalelser legge vekt på å korrigere eller balansere informasjon som allerede er offentlig. I praksis betyr dette at forsvareren har anledning til å kunne imøtegå forhåndsprosedyre fra politi og påtalemyndigheten.³³

ERL punkt 5 trekker opp en etisk grense som gir en tilstrekkelig veiledning for forsvarerens skjønn.

³³ S. Knudtzon og W. Omsted. Å være advokat, 2002, s 298.

10 Litteraturliste

10.1 Bøker

Advokaten – rettens og samfunnets tjener. Redigert av Harald Halvorsen. Oslo: Den Norske Advokatforeningen 1983.

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess Bind 1*. Oslo: Universitetsforlaget 2000.

Andenæs, Johs. *Ridder for rettferdighet eller leiesoldat for kjeltringer*. I: Forsvareren Alf Nordhus 70 år, - et debattskrift. Redigert av Harald Stanghelle og Egil Ulateig. Oslo 1989.

Haraldsen, Haakon I. *Regler for god advokatskikk: med kommentarer*. Oslo: Advokatforeningen 2005.

Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder*. Oslo: Det Juridiske fakultets lovsamlingsfond 1939.

Knudtzon, Sigurd. *Å være advokat*. Sigurd Knudtzon og Wilhelm Omstedt. Oslo: Juristenes utdanningssenter 2002.

Langbach Tor, *Forsvareren*. Oslo: Juridisk forlag 1996.

Lassen, Birger S. *Knophs oversikt over Norges rett*. Oslo: Universitetsforlaget 1993.

Lous, Georg. *Sakførerens taushetsplikt*. Oslo: Den norske sakførerforening 1960.

Lov og Rett 1968

Martinsen, Vegard. *Filosofi, en innføring*. 2000. Tilgang: www.filosofi.no

Norsk Lovkommentar. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag 2005.

Ringdal, Frode. *Etiske regler; salærpolicy* Oslo: Den Norske Advokatforening 1994.

Skoghøy, Jens E. A. *Twistemål*. Oslo: Universitetsforlaget 2001.

Svalheim Knut, *Advokaters taushetsplikt*. Oslo: Universitetsforlaget 1996.

www.jus.no Link advokatforeningen, advokatregler.

10.2 Dommer

Rt. 2000 side.1948

Rt. 2001. side. 536

Rt. 2003. side. 1627.

Rt. 2001. side. 950.

Rt. 1995 side. 145.

Rt. 1999. side. 586.

Rt. 2005. side. 196.

Rt. 2002. side. 1049.

Rt. 2006 side. 1071.

Rt. 1999. side. 911.

10.3 Disiplinæruttalelser

ADA – 2001 – 88.

OSL – 168 – 2006.

